

الإيثار لحل المختار

تأليف

العلامة الفقيه الشيخ

مُحيي الدين محمد بن إلياس الشهيد

المشهور بـ (جوي زاده)

المتوفى سنة ٩٥٤هـ

رحمه الله تعالى

اعتنى به

إلياس قبلان

الجزء الثاني

مكتبة الإرشاد

للطباعة والنشر والتوزيع

إسطنبول



الطبعة الأولى

١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م





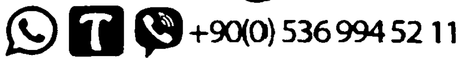
مكتبة الإرشاد
للطباعة والنشر والتوزيع
إسطنبول

Divanyolu klodfarer Cad. Fırat Ap.No:16/3
31122 Sultanahmet İstanbul - Türkiye

تركيا - إستانبول - هاتف: 0090 (212) 638 1633
فاكس: 0090 (212) 638 1700








الإيثار لحل المختار

كتاب الإجارات

الإجارة فِعَالَةٌ من آجَرَ يؤجِر بمعنى الأجرة، لكن في الشرع نُقل إلى العقد، فقال[١]: (وهي) أي الإجارة (بيع المنافع) المقصودة، ولهذا شُرِطَ في صيغتها الْمُضي، كما في البيع.

(جُوزت) أي الإجارةُ (على خلاف القياسِ لحاجةِ الناسِ) إليها، وكان القياسُ ألا يجوز بيعها؛ لأنها معدومةٌ، والعقد إنما يرد على الموجود، لكنه جاز بالسنة، لقوله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، وهذا يدل على جوازه، واجتمع الأمة عليه.

قيد بـ«المنافع»؛ لأنه لو استأجر شاة مدة معلومة ليحلب لبنها لا يجوز؛ لأن اللبن عينٌ لا منفعةٌ، بخلاف استئجار الظئر؛ لأن المستحق فعل الحضانة، واللبن آلة، كذا في «المحيط».

وقيدنا المنافع بـ«المقصودة»؛ لأنه لو استأجر دابة ليظن الناسُ أنها له أو نخلاً لِيَبْسُطَ ثوبَه عليها لا يجوز؛ لأن تلك المنافع غير مقصودةٍ منهما.

وفي «الخلاصة»: لو اشترى رطبة، ثم استأجر الأرض لإبقائها لا يجوز. ولو اشترى بأصلها، ثم استأجر الأرض لأجله يجوز.

ثم اعلم أن التمليك نوعان: تمليك عين، وتمليك منافع.

---

(١) مصنف.

وتمليك العين نوعان: نوع بعوض، وهو البيع وقد بيناه.

وبغير عوض وهو الهبةُ، والصدقةُ، وسيأتيك أبوابهما إن شاء الله تعالى.

وتمليك المنافع نوعان: بغير عوض، وهو العاريةُ، والوصيةُ بالمنافعِ على ما يأتيك. وبعوض، وهو الإجارةُ، وسُميت بيع المنافع لوجود معنى البيع، وهو بدلُ الأعواض في مقابلة المنفعة، ولا تنعقد بلفظ البيع؛ لأنها وضع لتمليك الأعيان، والإجارة تمليك منافع معدومة، ويبدأ بتسليم المعقود عليه، ليتمكن من الانتفاع؛ لأن عين المنفعة لا يمكن تسليمها، فَأَقَمْنَا التمكينَ من الانتفاع مُقامه.

(**ولا بد من كونِ المنافعِ، والأجرةِ معلومةً**) قيد بها؛ لأن جهالتهما تُفضي إلى المنازعة، كجهالة المبيع والثمن.

وفي «المحيط»: لو استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً، ولم يُعين الكِرْبَاس لم يجز لكون محل العمل مجهولاً.

(**وما صَلَحَ ثمناً: صَلَحَ أجرةً**)؛ لأنها ثمن أيضاً، فالمكيلُ، والموزونُ، والمذروعُ، والمعدودُ المتقاربُ يصلح أجرة على الوجه الذي يصلح ثمناً. والحيوان يصلح إذا كان عيناً. أما إذا كان ديناً فلا؛ لأنه لا يثبت في الذمة، والمنفعة تصلح أجرة في إجارة إذا اختلف جنساهما[1]، ولا تصلح ثمناً في البيع؛ لأن الثمن يملك بنفس العقد، والمنفعة معدومة لا يمكن تمليكها بنفس العقد.

(**وتفسد**) الإجارةُ (**بالشروط، ويَثبت فيها**) أي في الإجارة (**خيارُ الرؤيةِ، والشرطِ، والعيبِ، وتُقَالُ**) من الإقالة (**وَتُفْسَخُ**) كما في البيع. ولم يجز خيارُ الشرط

---

(١) كمن جعل خدمة عبده أجرة لسكنى دار زيد.

أي جنس الأجرة المنفعة، وجنس المنفعة المستأجرة، حتى إذا كانا متحدين لا يجوز كسكنى الدار بسكنى الدار الأخرى.

عند الشافعي، لعدم جواز الإضافة إلى المستقبل في الإجارة عنده، وهي جائزة عندنا.

(والمنافعُ تُعْلَمُ بذكر المدة، كسُكنى الدور، وزرعِ الأرضين مدةً معلومةً) طويلةً كانت أو قصيرة؛ لأن المدة إذا عُلمت تصير المنافع معلومة، إلا أن في الأوقاف لا تُزاد على ثلاث سنين كيلا يدعي المستأجر ملكها.

(أو) تُعلم **(بالتسمية، كصبغ الثوب)** وخياطته، وإجارة الدابة لحمل شيء معلوم، أو ليركبها مسافةً معلومةً؛ لأنه إذا بين لونَ الصبغ، وقدرَه، وجنسَ الخياطة، وقدرَ المحمول، وجنسه، والمسافة تصير المنافع معلومة.

(أو) تُعلم **(بالإشارة كحمل هذا الطعام)** إلى موضع كذا؛ لأنه إذا عرف ما يحمله، والموضع الذي يحمله إليه تصير المنفعةُ معلومةً.

(وإذا استأجر داراً، أو حانوتاً: فله) أي للمستأجر **(أن يسكنها من شاء، ويعمل فيها ما شاء)** من وضع المتاع، وربط الحيوان، وغيره وإن[1] لم يُسم ذلك؛ لأن المقصودَ المتعارَفَ من الدور والحوانيت ذلك، ومنافع السكنى غير متفاوتة في ذلك.

(إلا القِصارةَ، والحدادةَ، والطحنَ)؛ لأنها تُوهِنُ البناء، وفيه ضرر، فلا يقتضيه العقدُ إلا بالتسمية، وإن كانت الدار ضيقة ليس له أن يربط الدابة فيها، لعدم العادة، كذا في «الاختيار».

ولو استأجرها ليقعد قصاراً، فله أن يقعد حداداً إذا كان مضرتهما واحدةً. ثم لو استأجرها للسكنى، وفعل فيها القصارة، فانهدمت، فعليه الضمان، ولا أجر عليه؛ لأنه لا يجتمع مع الضمان، وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحساناً؛ لأن المعقود عليه هو السكنى، وفي القصارة وجد السكنى وزيادة، فيجب عليه الأجر بشرط السلامة، كذا في «شرح المجمع».

---

(١) وصل.

(وإن استأجر أرضاً للزراعة: بَيَّنَ ما يزرع فيها، أو يقول: على أن يزرعها ما شاء)؛ لأن منافع الزراعة مختلفة، وكذلك تضرر الأرض بالزراعة يختلف باختلاف المزروعات، فيُفضِي إلى المنازعة، فإذا بين ما يزرع، أو قال: على أن يزرع ما شاء انقطعت المنازعةُ.

(وهكذا ركوب الدابة، ولُبْسُ الثوب) وكل ما يختلف باختلاف المستعمِلِ، يعني إن لم يبين من يركبها، ومن يلبسه لم تجز الإجارة؛ لأن الناس يختلفون في الركوب واللبس، فيُفضي إلى المنازعة، فإذا عَيَّنَ أو أطلق، فلا منازعة فيجوز.

(إلا أنه إذا رَكِبَ، أو لَبِسَ واحدٌ: يتعين) فليس له أن يُركب أو يُلبس غيرَه، كما إذا عَيَّنَه في الابتداء، حتى لو أركب غيرَه وتلف ضمن؛ لأن التقييدَ مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس، كذا في «شرح المختار».

ويدخل في إجارة الدور والأرضين الطريق والشرب؛ لأن المقصودَ المنفعةُ، ولا منفعةَ دونهما.

(وإن استأجر أرضاً للبناءِ، والغَرْسِ، فانقضت المدةُ) أي مدة الإجارة (يجب عليه) أي على المستأجر (تسليمُها) أي تسليمُ الأرضِ (فارغةً) عن البناء والغرس، كما قبضها ليتمكن مالكها من الانتفاع بها، فيقلع البناء والغرس؛ لأنه لا نهاية لهما[1]. والرطبة كالشجر لطول بقائه في الأرض. أما الزرع، فله نهاية معلومة، فيُترك بأجر المثل رعايةً للجانبين.

(فإن كانت الأرضُ تَنْقُصُ بالقَلْع: يَغْرَمُ) أي يضمن (له) أي للمستأجر (الآجرُ) وهو على وزن فاعل بمعنى المؤجر (قيمةَ ذلك) أي البناء والغرس (مقلوعاً) أي مأموراً بقلعه، (ويتملكه) بغير رضاه، ترجيحاً لجانب الأرض؛ لأنها

---

(١) أي البناء والغرس.

الأصل والبناء والغرس تبع، وإنما يضمن قيمته مقلوعاً؛ لأنه مستحق القلع، ومعرفة قيمة ذلك أن تُقَوَّمَ الأرضُ مع الشجرة المأمور مالكه بقلعه، وتُقَوَّمُ، وليس فيها هذا الشجر، ففضل ما بينهما هو قيمةُ الشجر. وإنما فسرناه بكذا؛ لأن قيمة المقلوع أزيد من قيمة المأمور بقلعه لكون المؤنة مصروفة للقلع، كذا في «الكفاية».

(وإن كانت) الأرض (لا تنقص) بالقلع (يتوقف) تملكه (على رضاه) أي على رضا المستأجر (أو يتراضيان) على أن يبقى البناء والغرس مكانه، ويترك الإجارة على حالها (فتكون الأرض لهذا) أي للمؤجر (والبناء لهذا) أي للمستأجر؛ لأن الحق لهما.

(والرطبة كالشجر) في الحكم؛ لأنه لا نهاية لها، فأشبه الشجر.

(والزرع يُترك بأجر المثل إلى نهايته)؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين، وقد بيناه آنفاً.

(وإن سمى ما يحمله على الدابة، كقفيزِ[1] حنطةٍ: فله أن يحمل ما هو مثلُه) في الوزن والضرر، كما إذا استأجر ليحمل عليها عشرة أقفزة من الحنطة الحمراء، فحمل عليه حنطة أخرى.

(أو أخفُّ) أي وله أن يحمل ما هو أخف من الحنطة (كالشعير) وكذلك السمسم. وإنما لم يصر مخالفاً بإبداله في هاتين الصورتين؛ لأن المعتبر هو الضرر، فلا يكون التقييد مفيداً، حتى لو سَلِمَت الدابة يجب الأجر المسمى، ولا يكون مخالفاً استحساناً، ويكون مخالفاً قياساً. فإن عَطِبَت الدابة من ذلك يضمن قيمتها، ولا يجب الأجر، كذا قاله قاضيخان.

(وليس له أن يحمل أثقل) من الحنطة (كالملح) لانعدام الرضاء فيه.

---

(١) والقفيز اثنا عشر صاعاً.

(وإن سمى قدراً من القطن: فليس له أن يحمل مثلَ وزنه حديداً)؛ لأن القطن يبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في مكان واحد، فيؤذيها، فلا يرضى صاحبها إلا بالإذن.

(وإن زاد على المسمى) أي على ما سماه من مقدارٍ معلومٍ في الحمل **(فعَطِبَت)** أي هلكت الدابة **(ضمن بقدر الزيادة)** مثلاً إذا زاد عُشر المسمى يضمن عُشر الدابة. هذا إذا حمل عليها من جنس المسمى، ولو حملها من خلاف جنسه وجب جميع القيمة. وهذا إذا حملها الزيادة مع المسمى، حتى لو حملها المسمى وحده، ثم حملها الزيادة وحدها، فعطبت ضمن جميع قيمتها. وهذا إذا كان الزيادة في الحمل. ولو كان في غيره، كما إذا استأجر بقرة ليطحن حنطة مقدرة، فزاد وجب جميع القيمة. وهذا إذا كان الدابة تُطِيق حمل الزيادة. وإن كانت لا تُطِيق يضمن كل قيمتها؛ لأنه خارجٌ عن العادة، كذا في «التبيين».

(وإن استأجرها ليركبها، فأردف آخرَ) أي فأركب خلفَه آخرَ فعطبت **(ضمن النصف)** أي ضمن نصف قيمتها، وعليه الأجر كاملاً إن عطبت بعد بلوغ مقصده، سواء كان الرديف مستأجراً أو غيرَه. ثم المالك إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديفَ، فالراكب لا يرجع على الرديف، والرديف يرجع عليه إن كان مستأجراً وإلا فلا، ولا اعتبار فيه بثقل الرديف؛ لأن الآدمي غير موزون، فاعتبر فيه العدد، كما اعتبر في جُنَاةِ[1] الجناية. هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين، وإن لم تُطق ضمن جميع قيمتها، كذا في «الكافي».

قالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيراً لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله.

---

(١) جمع جان كبغاة جمع باغ، فإنه إذا جرح رجل رجلًا جراحة واحدةً، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات، فالدية بينهما أنصافاً؛ لأن رب جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات كذا في «شرح الأكمل».

وفي ذكر الإرداف احتراز عما إذا حمله الراكب على عاتقه، فإنه يضمن جميع القيمة، وإن[1] كانت الدابة تطيق حملها؛ لأن ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشقَّ على الدابة، كذا في «النهاية».

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: رجل استأجر حماراً إلى قرية بأجر مسمى ذاهباً وجائياً على أن يرجع في يومه ذلك، ورجع في الغد، عليه نصف الأجر، وهو أجر الذهاب، ولا شيء عليه في الرجوع؛ لأنه خالف حيث لم يرجع في يومه ذلك، ولو عطب الحمار أو ضاع ضمن؛ لأنه خالف دخل في الضمان.

(وإن ضربها) المستأجر **(فعَطِبَت)** الدابةُ **(ضمنها)** متعارَفاً كان فعله أو لا، وتسقط عنه الأجرةُ؛ لأنه ملكها بالضمان، وهي معه لا يجتمعان.

ولا تسقط عند الشافعي؛ لأن المبيع هي المنافع، والعين غيرها، فلا تسقط الأجرة بهلاك العين، كما لا يسقط الثمن عن المشتري إذا جنى على مال آخر للبائع، وضمنه فكذا هنا.

وكذلك يضمن إن كَبَحَهَا، أي جذبها بلجامها إلا أن يكون أَذِنَ له في ذلك.

وقالا: لا يضمن إلا أن يتجاوز المعتادَ؛ لأن الضرب اليسير لا بد للسير في العُرْفِ والمتعارَفُ يكون مأذوناً، كما إذا فَصَدَ الفصادُ ولم يتجاوز عن الموضع المعتاد.

ولأبي حنيفة: أن فعله وإن[2] كان مأذوناً فيه شرعاً، لكنه مشروط بوصف السلامة، فإذا عطبت به الدابة يضمن، كما يضمن القصارُ إذا تَلِفَ الثوب من دقة،

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

وعلى هذا الخلاف ضرب الأب والوصي الصغير للتأديب إذا لم يتجاوز عن المعتاد، فتجب الدية عنده، ولا تجب عندهما، كما لا تجب إذا ضربه المعلم بإذن الأب.

وله: أن الأب يضرب لنفسه؛ لأن منفعته عادت إليه، والمعلم ليس كذلك، وإنما يضربه إعانة للأب والمعينُ لا ضمان عليه.

قيد بـ«ضرب الدابة»؛ لأنه لو ضرب العبدَ المستأجر للعمل يضمن اتفاقاً؛ لأنه يَفْهَمُ، فلا حاجةَ إلى الضرب.

وفي «الحقائق»: موضع الخلاف الضربُ في موضع معتادٍ بغير أمرِ صاحبها؛ إذ في غير المعتاد يضمن اتفاقاً ضربها بأمره أو بغير أمره. وفي الضرب المعتاد بأمره لا يضمن اتفاقاً.

وفي «الاختيار»: وكذا لو استأجر حماراً بسرج، فأوكفه ضمن عنده.

وقالا: لا يضمن إلا أن يكون أثقلَ من السرج، فيضمن قدرَ الزيادة، أو يكونَ لا يوكف بمثله الحُمر، فيضمن الكل؛ لأنه إذا كان يوكف بمثله الحُمر صار، والسرج سواء، فيكون مأذوناً فيه دلالةً.

وله: أن الإكاف للحمل والسرج للركوب، فكان خلاف الجنس؛ ولأنه ينبسط على ظهر الدابة أكثر من السرج، فكان أضر[1]، فيضمن للمخالفة.

* * *

(١) من السرج.

فصل [في أنواع الأجراء]

(الأُجَرَاءُ) ضربان[١] (مشترك كالصباغ والقصار) سُمي مشتركاً؛ لأن له أن يعمل للعامة.

(لا يستحق الأجرة حتى يعملَ)؛ لأن الأجرة لا تستحق بالعقد على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

(والمالُ أمانةٌ في يده)؛ لأنه قَبَضَه بإذن المالك (لا يَضمن) سواء هلك في يده أو في يد تلميذه بلا تَعَدٍّ وعملٍ فيه.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: لو جفف القصارُ الثوبَ على حبل، فمرت به حمولة[٢]، فخرقته لا ضمان عليه عند أبي حنيفة؛ لأن الهلاك لم يكن من فعله وعمله.

وعندهما: يضمن؛ لأن هذا مما يمكن التحرزُ عنه، والسائق ضامن؛ لأن مشي الدابة منقول إلى السائق، فما تولد من مشيها كان ضمان ذلك على السائق.

(إلا أن يُتلف بعمله، كتخريق الثوب من دقه، وزَلَقِ الجمَّال وانقطاع الحَبْلِ من شده، ونحوه) كإتلاف راعي البقر للعامة من سوقه وضربه بخلاف العادة؛ لأنه مضاف إلى فعله، وهو[٣] لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاح، فإذا أفسده، فقد خالف، فيضمن.

(ولا يضمن بني آدم من سَقَطَ من الدابة، أو غرِق في السفينة بانقطاع حبلها)؛ لأن الآدمي لا يضمن بالعقد، وإنما يُضمن بالجناية. ولو تلف بفعل أجير القصار لا متعمداً، فالضمان على الأستاذ؛ لأن فعل الأجير مضاف إلى أستاذه.

---

(١) أي نوعان.

(٢) الحمولة: الإبل والخيل والبغال والحمير، وكل ما حمل عليه.

(٣) حال.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن سواء هلك بفعله أو بغير فعله، إلا ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت والحريق والغريق الغالب والغارة الغالبة والعدو المكابر[١]؛ وإن كان بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة والغصب وغيرهما فهو ضامن.

لهما: أن الحفظ مستحق عليه كالعمل؛ إذ لا يمكنه العمل إلا به، فإذا هلك بسبب يمكنه الاحترازُ عنه يضمن كالمودع بأجر، وبه يُفتى.

ثم إن شاء ضمنه معمولاً، وأعطاه الأجر، أو غير معمول، ولا أجر له.

ولأبي حنيفة: أن المقبوض أمانة عنده لقبضه بإذن المالك، فلا يضمنه بلا تعد فيه، والحفظ مستحق عليه تبعاً؛ لأن المذكورَ في العقد العملُ لا الحفظ، بخلاف المودَع بأجر؛ لأن الحفظ صار مقصوداً لكون الأجر يقابله.

وقال زفر: لا يضمن في الوجهين[٢]؛ لأنه عمل بأمر المالك، وصار كأجير الوَحْدِ[٣].

وجوابه: ما مر لأبي حنيفة.

وفي «المحيط»: الخلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة. وإن كانت فاسدة لا يضمنه اتفاقاً؛ لأن العين حينئذ يكون أمانةً لكون المعقود عليه، وهو المنفعةُ مضمونةً بأجر المثل، إنما لم يضمن عنده[٤] إذا لم يُشترط عليه الضمانُ. وإن شرط أن يضمن لو هلك عنده يضمن اتفاقاً، كذا في «الجامع».

ذكر في «الخانية» و«التتمة»: الفتوى على أنه لا يضمن سواء شَرَطَ الضمان أو لم يَشرِط.

---

(١) أي المقاتل.

(٢) أي في الهلاك بفعله أو بغير فعله.

(٣) أي كأجير الخاص.

(٤) أي عند أبي حنيفة.

وفي «الظهيرية»: اختار المتأخرون الصلح على نصف القيمة.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لو خلط الراعي المشترك الغنم بغنم غيره، فالقول له في التعيين له مع يمينه. وإن جَهِلَ، فهو استهلاك يضمن قيمة الكل. ولو نَدَّ[١] غنم، فخاف أن يضيع الباقي إن طلبه لا يضمن. ولو ذبح غنماً لا يُرجَى حياته لا يضمن. وكذا الأجنبي في الصحيح. ولو كان بقاراً، فأدخل البقورَ في السكك، فضاع إحداها قبل أن يصل إلى منزل صاحبها، وكان المتعارَف ذلك لا يضمن. وإن قال صاحب البقرة: ما جئتَ بها إلى السكك يُحَلِّفُ البقارَ، وإلا يُضَمِّنُهُ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: من دفع إلى رجل سيفاً ليُصلح من جفنه شيئاً، فضاع نصله لا يضمن؛ لأن النصل عنده وديعة؛ لأن العمل في الجفن. وكذلك لو دفع إليه مصحفاً لينقطه بأجر، فضاع غلافه لا يضمن. وكذلك لو دفع إليه ثوباً ليرفوه في منديل، فضاع المنديل. وكذلك لو دفع إليه ميزاناً ليُصلح كفيه، فضاع العمود الذي يكون الميزان لا يضمن.

(ولا ضمان على الفَصَّادِ) من الآدمي (والبَزَّاغِ) من الحيوان إذا هلك المفصودُ والمبزوغُ بالسراية؛ لأن منشأها ضعف المزاج، وذا خفي عنه، بخلاف دق الثوب؛ لأن قوته ورقَّته يُعْرَفُ بالحِسِّ، فيتقيد بالصلاح.

(إلا أن يتجاوز الموضعَ المعتادَ)؛ لأنه إذا تجاوز ظَهَرَ منه التقصير.

وطريق معرفته: توضع ثلاثة أوراق، وقيل: للفصاد أو للبزاغ: اضرب مفصدك، أو مبزغك على هذه الأوراق، وأنفذ من الاثنين دون الثالث، فإن فعل ذلك، فهو حاذق لا يضمن، وإلا ضمن كذا في «المشكلات».

---

(١) أي هرب.

وفي «الاختيار»: ولو قال للخياط: إن كفاني هذا الثوبُ قميصاً، فاقطع فقطعه فلم يكفه ضمن؛ لأنه إنما أَذِنَ له في القطع بشرط الكفاية. ولو قال له: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطع فقطع، فلم يكفه لا يضمن؛ لأنه أَمَرَه بالقطع مطلقاً.

(**وخَاصٌّ**) ويقال له: أجيرُ وَحْدٍ (**كالمستأجر شهراً للخدمة، ورعيِ الغنم**) ونحوه؛ لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر طول مدةٍ، فلا يمكنه صرفها إلى غيرها، فلهذا كان خاصّاً.

(**ويستحق الأجرة بتسليم نفسه**) في المدة (**وإن لم يعمل**) «إن» هذه للوصل يتصل بقوله: «ويستحق» أي يستحق الأجرة وإن[1] لم يعمل؛ لأن العقد فيه واقع على المدة. ولو ذكر معها العمل، وقال: استأجرتك شهراً لرعي الغنم يكون ذكره لبيان غَرَضِه لا لكونه مقصوداً. وأما لو قال: استأجرتك لرعي الغنم شهراً، فلا يكون أجيراً خاصّاً؛ لأنه أوقع العقد على العمل، إلا أن يشترط ألا يرعى غنم غيره، كذا في «المحيط».

وذكر في «الخانية»: رجل أعطى رجلاً درهمين، ليعمل له يومين، ولم يذكر العملَ لم تصح الإجارةُ، فإن عمل يوماً، وامتنع عن العمل في اليوم الثاني لا يُجْبَرُ على العمل لفساد الإجارة. وإن سمى له عملاً معلوماً جازت، ويُجْبَرُ على العمل، وإن فسخ الإجارة، فعليه أجرُ مثلِ ما مَضَى، وبعد ما مَضَى يومان لا يُطلب منه العملُ لانتهاء الإجارة.

(**ولا يضمن**) الأجير الخاص (**ما تَلِفَ في يده، ولا من عمله**)؛ لأن يده يدُ أمانة، ومنافعه مملوكة له، فصار هو نائباً منابه في الفعل، فلا يضمنه إلا إذا تعمد الفسادَ.

---

(١) وصل.

(ومن استأجر عبداً: فليس له) أي للمستأجر **(أن يسافر به)** أي بالعبد **(إلا أن يشترطه)** أي السفرَ؛ لأن خدمةَ السفر أشقُّ، فلا يتناولها إطلاقُ الخدمة؛ لأن المتعارَفَ فيه خدمة الحضر. ولو سافر به ضمن؛ لأنه صار غاصباً إلا بشرط السفر.

وفي «الاختيار»: فإن استأجره للخدمة، فعليه خدمته من السَّحَرِ إلى أن يَنَامَ الناسُ بعد العشاء عملاً بالعُرْفِ في الخدمة، وعليه خدمةُ البيتِ والضيفِ دون الخَبْزِ والطبْخِ والخِيَاطة وعَلَفِ الدواب ونحو ذلك.

ولو آجر عبده سنة، ثم أعتقه في خلالها جاز العتق، والعبد إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ، وأجرة ما مضى للسيد، وما بقي للعبد؛ لأن منفعته بعد العتق، له فيكون له بدلها. وإذا أجاز[1]، فليس له فسخها بعد ذلك. وليس للعبد قبضُ الأجرة إلا بإذن المولى.

(والأجرةُ تستحق باستيفاء المعقود عليه) وهو المنفعة أو التمكن منه **(أو باشتراط التعجيل)** في العقد **(أو بتعجيلها)** أي بتعجيل دفع الأجرة من غير اشتراطه لا[2] بنفس العقد.

وعند الشافعي: يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد؛ لأنه يجعل المنفعة كالعين، فتكون الأجرة كالثمن.

ولنا: أنه عقد معاوضة، فيقتضي المساواة، فلا تجب الأجرة بنفس العقد، فإذا استوفى المستأجر المنفعة يملك المؤجر الأجر تحقيقاً للتساوي. وأما إذا عجَّل، أو شرط التعجيلَ، فقد أبطل حقه في المساواة.

---

(١) أي العبد.

(٢) أي لا تستحق.

(وإذا سلم) المؤجر **(العين المستأجرة: فعليه الأجرة وإن**[١] **لم ينتفع بها)** أي بتلك العين. «إن» هذه للوصل؛ لأن تسليم عين المنفعة غير متصور، فأقيم التمكين من الانتفاع مُقامه.

(فإن غُصبت) العين المستأجرة **(منه)** أي من المستأجر **(سقطت الأجرةُ)** سواء كانت عقاراً أو لا، لعدم تمكنه من استيفاء المنافع عنها. ولو غُصبت في بعض المدة سقطت حصته.

المراد بالغصب هنا إثباتُ اليد الْمُبطِلة مطلقاً[٢]، فيتناول العقار؛ لأن حقيقة الغصب غير متحققة في العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كما سيجيء في الغصب.

(ولرب الدار أن يطالِبَ بأجرة كل يوم والجمَّال) أي وللجمال أن يُطالب **(بأجرة كل مرحلة)** أي منزل. قيد بـ«يوم ومرحلة»؛ لأن حصة ما دونهما لا يُعرف إلا بحرج، فلم يُعتبر إلا إذا ذكر في العقد وقتاً لطلبه[٣]، كنصف الطريق، أونصف الشهر لم يكن له أن يطالب قبله.

وقال زفر: لا يجوز لهما طلب الأجر إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاء السفر.

له: أن المعقود عليه جملةُ المنافع، فلا يطالب[٤] بدلها حتى يسلم إليه[٥] جميعها كسائر العُمال.

ولنا: أنه استوفى بعض المنفعة، فيجب بقدره من البدل تسوية بين العاقدين، كما لو قَبَضَ بعضَ المبيع واستَهلكه.

---

(١) وصل.
(٢) أي سواء كان معه إزالتها أو لا.
(٣) أجر.
(٤) مؤجر.
(٥) مستأجر.

(**ولا يُطَالِبُ القصارُ، والخياطُ**) الأجرة (**حتى يفرغ من عمله**)، كذا سائر العُمال؛ لأن بعض العمل غير منتفع به، ولا يصير مسلماً إلى صاحبه وإن[1] عمل في بيت المستأجر، هذا هو المفهوم من «الهداية».

وفي «الذخيرة»: إذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب له الأجر بحسابه؛ لأن بخياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم، كما لو استأجر إنساناً ليبني له حائطاً، فبنى بعضَه، ثم انهدم، فله أجر ما بَنَى.

(**وتمام الخبز إخراجه من التنور**) وكذلك الأجر؛ لأن المستأجر ينتفع به بعد الإخراج. فلو احترق أو سقط من يده قبل ذلك، فلا أجر له لهلاكه قبل التسليم. وإن هلك بعد الإخراج بغير فعله، فلا ضمان عليه، وله الأجر؛ لأنه سلمه حيث وضعه في بيته، ولم يهلك بفعله. هذا إذا خبز في بيت المستأجر. وأما إذا كان في بيت الخباز، فلا يتم إلا بالتسليم؛ لأن نفسَ الإخراج من التنور لا يكون تسليماً.

وفي «القنية»: لو لم يسلم الطحان الدقيق بعد الطحن مع القدرة عليه، فسُرق منه يضمن إن كان بعد أخذ الأجرة طلبه المالك منه، أو لم يطلب، وقبله لا.

(**والطبخ**) أي تمامه (**غَرْفُه**) بفتح الغين المعجمة مصدر، أي بإخراج الطعام من القدور إلى القصاع؛ لأن الانتفاع بطبخه إنما يحصل بالغرف عُرفاً. هذا إن كان في وليمة. وإن استؤجر لطبخ قدر طعام لصاحبه، فليس عليه الغَرْف للعُرف، كذا في «المحيط».

(**وضرب اللبن**) أي تمامه، وهو بكسر اللام وفتحها، وبسكون الباء فيهما، كذا في «البدرية»: (**إقامتُه**) أي إقامة اللبن عن محله، حتى لو فسد بالمطر قبلها، فلا أجر له.

---

(١) وصل.

وقالا: تمامه تشريجه أي نقله من مكانه، حتى لو فسد بعد الإقامة، وقبل النقل، فلا أجر؛ لأن عمله إنما يتم بالنقل؛ إذ ربما يفسد بدونه، والعُرْفُ شاهدٌ عليه.

ولأبي حنيفة: أن نفس الفراغ يحصل بإقامته، ولهذا ينتفع به بعدها، والتشريج عمل زائد، فلا يجب عليه كالنقل إلى بيته. هذا إذا ضَرَبَ اللبنَ في ملك المستأجر. فإن ضربه في ملك نفسه لا يجب الأجرُ عنده إلا بالعَدِّ عليه بعد إقامته.

وعندهما: بالعد عليه بعد التشريج، كذا في «النظم».

(ومن لعمله أثر في العين، كالصباغ) وكذا القصار مطلقاً[1] في الأصح (يحبسها) أي العين (حتى يستوفي الأجر)؛ لأن المعقود عليه، وهو الصبغ مثلاً وصف قائم بالثوب، فله أن يحبسه للبدل كالمبيع.

وفي «الخلاصة»: هذا إذا عمل في دكانه. أما إذا عمل في بيت المستأجر، فليس له حق الحبس.

(فإن حبسها) أي العين (فضاعت) العين (لا شيء عليه)؛ لأنه أمانة في يده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم.

وعندهما: يضمن قيمتها غير معمولة، فلا أجر له، أو يضمن قيمتها معمولة، فله الأجر، كما قبل الحبس.

(ومن لا أثر لعمله كالحمال) وكذا الغسَّال (ليس له ذلك) أي ليس له حبس العين للأجرة؛ لأن أثر عمله غير قائم بالعين، فانتفت ولايته عنها. فإن حبسها، فهو غاصب، بخلاف راد الآبق حيث له حبسه على الجعل وإن[2] لم يكن لعمله أثر؛

---

(١) أي سواء استعمل النشاء أو لم يستعمل.

(٢) وصل.

لأنه عُرف نصّاً[١]، ولأنه كان على شرف الهلاك، وقد أحياه بالرد، فكأنه باعه.

(**وإن شرط**) المستأجر (**على الصانع العمل بنفسه: ليس له**) أي للصانع (**أن يستعمل غيره**)؛ لأن العمل يختلف باختلاف الصُّناع جودة ورداءة، وكان مقيداً، فيتعين كما يتعين المنفعة في محل بعينه. وإن أطلق له العمل، فله أن يعمل بنفسه وغيره؛ لأن المستحق مطلق العمل، ويمكنه إيفاؤه بنفسه وبغيره فافترقا.

(**وإن قال**) المؤجر: (**إن سكنتَ هذا الحانوتَ عَطَّاراً**) أي حال أن تكون عطاراً (**بدرهم وحداداً بدرهمين**) جاز (**أي العملين عَمِلَ**) المستأجر: (**استحق**) المؤجر (**المسمى له**) أي لذلك العمل.

وقالا: لا يجوز.

وعلى هذا الخلاف إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم، وإلى القادسية بدرهمين، أو إن حمل عليها كر شعير فبدرهم، وكر حنطة بدرهمين.

لأبي حنيفة: أن سُكناه فيها حداداً غير سُكناه عطاراً، فصار مخيراً بين عقدين مختلفين، فصح اعتباراً بالرومية والفارسية.

لهما: أن المعقودَ عليه، وهو السكنى شيء واحد، وقد ذكر في مقابلته بدلان، فيفسد العقد، بخلاف الرومية والفارسية؛ لأن كلًّا منهما عمل مخالف للآخر. وإن لم يقع السكنى في الصورة المذكورة، حتى انقضت المدةُ وجب الأقل للتيقن.

وقيل: يجب من كل مسمى نصفه.

ولو قال: إن خِطْتَ هذا الثوبَ فارسيّاً فبدرهم، ورومياً فبدرهمين جاز، وأي العملين عَمِلَ استحق أجرته.

---

(١) وهو قوله ﷺ: «جعل الآبق أربعون درهماً» رواه عمرو بن دينار.

وقال زفر: لا يجوز لجهالة المعقود عليه.

ولنا: أن هذه الجهالة لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأن بالعمل يتعين المعقود عليه، وصار كبيع أحد هذين الثوبين على أنه بالخيار في تعيين أحدهما.

* * *

فصل [في الإجارة الفاسدة]

اعلم أن الإجارة تفسد بالشروط، كما يفسد البيع. وكل جهالة تُفسد البيع تُفسد الإجارة من جهالة المعقود عليه، والأجرة، أو المدة، لما عُرف أن الجهالة مفضيةٌ إلى المنازعة، والأصل قوله ﷺ: «من استأجر أجيراً، فليُعلمه أجره». شرط أن تكون الأجرة معلومة، كما شرط في البيع. ولو آجر الدار على أن يعمرها، أو يطينها، أو يضع فيها جذعاً، فهو فاسد لجهالة الأجرة؛ لأن بعضها مجهول؛ لأنه لا يُدْرَى ما يحتاج إليه من العمارة، ويعرف غيرها من الشروط المفسِدة لمن يتأملها، فيقاس عليها، كذا في «الاختيار».

(**يجب في الإجارة الفاسدة أجرُ المثلِ**)؛ لأن التسمية إنما يجب بالعقود الصحيحة. أما الفاسدة، فتجب فيها قيمة المعقود عليه، كما في البيع.

وفي «المحيط»: ما أخذته الزانيةُ إن كان بعقد الإجارة، فحلال عند أبي حنيفة؛ لأن أجر المثل في الإجارة الفاسدة طيب وإن[1] كان السبب حراماً، وحرام عندهما، وإن كان بغير عقد، فحرام اتفاقاً؛ لأنها أخذته بغير حق.

(**لا يزاد**) أجر المثل (**على**) الأجر (**المسمى**).

وقال الشافعي: يزاد بالغاً ما بلغ، كما تجب القيمة بكمالها في بيع الأعيان إذا فسد.

ولنا: أن المنافع غير متقومة لكونها غير مُحرزة، وإنما اعتبر قيمتها في العقد بما سمياه لضرورة تجويزه، فإذا فسد اعتبر قيمتها في قدر المسمى كالصحيح، وفيما وراءه، كأنها تلفت بغير عقد، وتقوُّمُ الأعيانِ أصليٌّ لا ضروري، فلا يقاس

---

(١) وصل.

عليه. هذا إذا كان فسادها بسبب شرط فاسد، لا باعتبار جهالة المسمى، ولا باعتبار عدم التسمية؛ لأنه لو كان باعتبار واحد منهما يجب الأجر بالغاً ما بلغ، كذا في «الذخيرة» و«فتاوى قاضيخان».

وفي «الخلاصة»: هذا إذا كان الفساد لجهالة الوقت، وكان المسمى معلوماً. وأما لو كان الفساد لجهالة المسمى، كما إذا جعل الأجرة ثوباً يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

وفي «المحيط»: لو استأجر داراً كل شهر بعشرة على أن يعمرها، فهو فاسد حب فيه الأجر بالغاً ما بلغ؛ لأنه رضي هنا ببدل الزيادة على المسمى، بخلاف ها من الإجارة الفاسدة؛ لأنه لم يرض بالزيادة عليه.

(ومن استأجر داراً، كل شهر بدرهم: صح في شهرٍ واحدٍ) وفاسد في بقية ـور؛ لأن كلمة «كل» إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد، لتعذر ـعمل بعمومها؛ إذ الشهور لا نهاية لها، والواحد معين، فيصح العقد فيه. فإذا تم الشهر، فلكل منهما نقض الإجارة بشرط أن يكون الآجرُ حاضراً، كذا في «التبيين».

(إلا أن يُسمي) المستأجر (شهوراً معلومة) فيصح العقد فيها للعمل بالمدة.

(فإن سكن) المستأجر (ساعة في الشهر الثاني: صح) العقد فيه، ولم يكن للمؤجر أن يُخرجه إلى أن ينقضي الشهر، لحصول رضاهما بذلك.

(وكذلك) يصح (كل شهر سكن في أوله) ساعة، وهذا هو القياس، وإليه مال بعض مشايخنا، وظاهر المذهب بقاء الخيار لهما في الليلة الأولى، ويومها من الشهر الثاني، وبه يُفتى دفعاً للحرج عنهما، لما فيه من اللزوم بغير التزامهما. وإنما

اعتبر اليوم والليلة؛ لأن رأسَ الشهر عبارة عنهما عُرفاً، وفي اعتبار الساعات حرج.

(ومن استأجر جَمَلاً ليحمل له محملاً، وراكباً إلى مكة: جاز) وكان القياس ألا يجوز، وهو قول الشافعي، لجهالة المحمل. وقد يُفضي ذلك إلى المنازعة؛ لكن جوزنا استحساناً.

(وله المعتاد من ذلك) أي من المحمل؛ لأن المقصود هو الركوب، والمحمل من توابعه، فيُصرف إلى المتعارف. ولو شاهد الجمال المحمل كان أجود؛ لأنه أقرب لحصول الرضاء.

(وإن استأجر جملاً لحمل الزاد) المعلوم **(فأكل منه)** أي من ذلك الزاد **(له)** أي للمستأجر **(أن يرد عوضه)** أي عوض ما أكل؛ لأن عليه أن يحمل ذلك المقدار في جميع الطريق.

وكذا غير الزاد إذا نقص رد مثله لما بينا.

وفي «الاختيار»: ولو استأجر بعيرين، ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان، وما لهما من الغطاء[1] والدثار[2]، ولم يعاين المكاري ذلك، وعلى الآخر زاملة[3] فيه قدر من الزاد، وما يحتاج إليه من الخل والزيت ونحوهما، وما يكفيه من الماء، ولم يبين قدره، وما يصلح من القِرْبَة والميضأة والْمِطْهرة ولم يُبين وزنه، أو شرط أن يحمل هدايا من مكة ما يحمل الناس، فهو جائز استحساناً؛ لأن ذلك معلوم عُرفاً، والمعلوم عُرفاً كالمشروط. ويحمل قِرْبَتَيْنِ من ماء، وإِداوَتَيْنِ من أعظم ما يكون. وكذلك إذا اكترى عقبة للتعارف. وكذلك إذا استأجر دابة ليتعاقبا

---

(١) وهو ما يغطى به.

(٢) والدثار: ما كان من الثياب فوق الشعار، وهو ما يلبس فوق البشرة، كذا في «الصحاح».

(٣) والزاملة: بعير يستظهر به الرجل يحمل عليه متاعه وطعامه، كذا في «الصحاح».

في الركوب ينزل أحدهما، ويركب الآخر وإن[1] لم يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لجريان التعارف بذلك.

(**ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة**) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[2].

(و) يجوز (**بطعامها وكسوتها**) وقالا: لا يجوز ما لم يبين قدر الطعام، ونوعه، وصفته، وما لم يبين نوع الثوب وصفته وذرعانه، ويضرب لذلك أجلاً، كذا في «الحقائق».

لهما: أن الأُجرة مجهولة.

ولأبي حنيفة: أن هذه الجهالة لا تُفضي إلى المنازعة لجريان العادة بالتوسعة على الظئر والجري على مرادها شفقة على الولد.

وفي «الاختيار»: ويجب عليها القيام بأمر الصبي مما يصلحه من إرضاعه وغسل ثيابه وإصلاح طعامه وما يُداوَى به؛ لأن هذه الأعمال مشروطة عليها عُرفاً. ولو أرضعته جارتها أو استأجرت من أرضعته، فلها الأجر؛ لأنها بمنزلة الأجير المشترك؛ لأن المعقود عليه العمل. ولو شرط أن تُرضعه بنفسها، فأرضعته جارتها، فلا أجر لها للمخالفة فيما فيه تفاوت.

وقيل: لها الأجر؛ لأن المقصود من الإرضاع حياة الصبي، وهما سواء فيه[3]، وما بينهما من التفاوت يسير لا يُعتبر. ولو أرضعته بلبن غنم أو بقر، فلا أجر لها؛ لأنه إيجار، وليس بإرضاع.

---

(١) وصل.

(٢) سورة الطلاق: ٦.

(٣) يعني الإطعام.

(ولا يمنع الزوج) أي زوج الظئر **(من وطئها)**؛ لأنه حقه، فله نقض الإجارة إن لم يرض بها. هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهراً بأن يشتهر بين الناس. أما إذا كان النكاح بالإقرار، فليس له نقض الإجارة.

ولهم[١] منعه من غشيانها[٢] في منزلهم مخافة الحبل، ولأنه ليس له ولاية الدخول إلى ملك الغير بغير أمره.

(فإن حبلت: فله فسخُ الإجارة)؛ لأن لبن الحامل يضر الصبي. وكذلك إن كان الصبي لا يرضع لبنها، أو يقذفه، أو يتقيؤه، أو تكون سارقة، أو فاجرة، أو يريدون السفرَ؛ لأن كل ذلك أعذار. وكذلك إذا مرضت. وكذلك لو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارةُ.

(وعليها) أي على الظئر **(إصلاح طعام الصبي)** وقد بيناه آنفاً.

(ولا تجوز الإجارةُ على الطاعات، كالحجِّ، والأذانِ، والإمامةِ، وتعليمِ القرآنِ، والفقهِ).

أما الحج والأذان: فلقوله ﷺ لعثمان بن أبي العاص: «لا تأخذ على الأذان أجراً»، فيُعرف بدلالة هذا النص عدم جواز أخذ الأجر على الحج ونحوه، كالصوم والصلاة.

وأما الإمامة وتعليم القرآن: فلقوله ﷺ: «اقرؤوا القرآن، ولا تأكلوا به».

وأما تعليم الفقه: فعُرف ذلك بدلالة هذا النص المذكور.

وفي «الاختيار»: وكذا لا يجوز على تعليم الصنائع؛ لأن التعليم لا يقوم بالمعلم،

---

(١) أي لأهل الصبي.
(٢) أي من جماعها.

بل به وبالمتعلم، وهو ذكاؤه وفطنته، فلا يكون مقدوراً له، أو نقول: هما شريكان، فلا يصح الإجارة من أحدهما.

وفي «الأمالي»: ولو استأجر أستاذاً ليحذق الصغير لا يجوز؛ لأن الحذاقة ليس لها غاية معلومة.

(وقيل) يعني قال بعض أصحابنا المتأخرين: **(تجوز)** الإجارةُ **(على التعليم)** أي تعليم القرآن والفقه، حتى لو امتنع الوالد من دفع أجرته للمعلم يُحبس فيه. وإن لم يكن بينهما شرط يؤمر بإرضائه. وأما استئجار المصحف وكتاب الفقه لم يجز لعدم التعارف.

(والإمامة في زماننا، وعليه الفتوى) وبه[1] أخذ الشافعي والمتأخرون من أصحابنا، ولحاجة الناس إليه، وظهور التواني في الأمور الدينية، وكسل الناس في الاحتساب[2].

وفي «المشكلات»: قال المتأخرون: تجوز الأجرة على الإمامة، والأذان، وتعليم القرآن، والحساب، والفرائض، والنحو، واللغة، وعليه الفتوى.

(ولا تجوز) الإجارةُ **(على المعاصي، كالغِنَاءِ، والنَّوْحِ)**؛ لأن المعصية لا تُستحق بالعقد. وإن قبض الأجر يجب عليه رده على صاحبه.

وفي «المحيط»: إذا أخذ المال من غير شرط يباح له؛ لأنه أعطى المال عن طوع بغير عقد.

(ولا) تجوز **(على عَسْبِ التَّيْسِ)** لنهيه ﷺ عن ذلك. العَسْبُ ضِرَابُ الفَحْلِ.

---

(١) أي بالجواز.

(٢) أي رجاء الثواب.

وعسب التيس: أن يستأجر التيس لِيَنْزُوَ على غنمه.

ويدخل فيه كل فحل كالحصان والحمار وغيرهما.

أما النَّـزْوُ بغير أجر، فلا بأس به، وأخذ الأجرة عليه حرام.

(**ويجوز أخذ أجرة الحمام**) مع جهالة قدر المنفعة للعُرف، وإجماع المسلمين عليه.

(**والحجام**) لما روي أنه ﷺ احتجم وأعطى الأجرةَ.

(**ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاماً بقفيز منه**) أي من ذلك الطعام (**فهو**) أي الإجارةُ (**فاسد**)؛ لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله، فصار كقفيز الطحان. وقد نهى ﷺ عن قفيز الطحان. وهي أن يستأجر ثوراً، أو رحىً ليطحن له حنطة بقفيز منها. ويبتني على هذا مسائل كثيرة تُعرف بالتأمل منها إذا دفع على حائك غَزلاً لينسجه بالنصف. والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة، وهو بعض المنسوج والمطحون؛ لأن ذلك إنما يحصل بفعل الأجير، فلا يكون قادراً بقدرة غيره.

(**قال**) صاحبُ الثوب للخياط: (**أمرتُك أن تَخيطه قباءً، وقال الخياط**) أمرتني أن أخيطه (**قميصاً: فالقول لصاحب الثوب**) مع اليمين. وكذا إذا اختلفا في صبغ الثوب أصفر، أو أحمر، أو بزعفران، أو بعصفر؛ لأنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله، فكذا إذا أنكر وصفه.

(**وإذا حلف**) صاحب الثوب: (**ضمن الخياطُ**)؛ لأن المالك إذا حلف كان الخياط متصرِّفاً بغير إذنه، فيلزمه الضمانُ إن شاء ضمَّنه بالثوب، وإن شاء أخذه، وأعطاه أجر مثله، أو ما زاد الصبغ في رواية.

(وإن قال) المالكُ للصانع: **(خِطتَه بغير أجرٍ، وقال الصانع: بل بأجرٍ)** فإن كان قبل العمل يتحالفان، ويبدأ بيمين المستأجر؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقداً، والآخر ينكره؛ لأن أحدهما يدعي هبة العمل، والآخر يدعي بيعه، وإن كان بعد العمل: **(فالقول لصاحب الثوب)** مع يمينه؛ لأن الصانع يدعي الأمر الحادث، وهو العقد، وصاحب الثوب ينكره، وهذا قول أبي حنيفة.

وفي «الاختيار»: وذكر أبو الليث عنه في «العيون» إن كانت الخياطة حرفتَه، فله أجر مثله عملاً بالعُرف، وإلا فلا أجر له، ويكون متبرِّعاً لما بينا.

وقال أبو يوسف: لا أجر له إلا أن يكون معاملةً، فيكون له الأجر جرياً على عادتهما.

وقال محمد: إن اتخذ حانوتاً، وانتصب لعمل هذه الصناعة، فله الأجر، وإلا فلا، وعليه الفتوى؛ لأنه دليل على العمل بالأجرة عُرفاً، والمعروف كالمشروط.

قال محمد: لو أمره أن ينقش اسمه على فصِّه، فنقش اسم غيره ضمنه؛ لأنه فَوَّتَ غرضه، وهو الختم، فصار كالاستهلاك. ولو استأجره ليحفر لـه بئراً بأجر مسمى، وسمى طولها، وعرضها جاز، وفي القبور يجوز وإن[1] لم يبين ذلك؛ لأنه معلوم عُرفاً. فإن وجد باطن الأرض أشدَّ، فليس بعذر. وإن تعذر الحفر، فهو عذر. ولا يستحق الأجر حتى يفرغ؛ لأنه عمل واحد لا يُنتفع به قبل التمام.

(وإذا خرِبَت الدارُ، أو انقطع شِرْبُ الضيعة، أو ماءُ الرَّحَى) انفسخ العقد لفوات المعقود عليه، وهي المنفعة قبل القبض؛ لأنها تحدث شيئاً فشيئاً، وصار كموت العبد المستأجر.

---

(١) وصل.

وقيل: لا ينفسخ، لكن له الفسخ، قالوا: وهو الأصح، فإنه روي عن محمد نصّاً[1] لو انهدم البيت المستأجرة، فبناه الآجر ليس للمستأجر أن يمتنع. وذلك لأن أصلَ المعقود عليه لا يفوت؛ لأن الانتفاعَ بالعرصة ممكن بدون البناء، إلا أنه ناقص، فصار كالعيب، فيستحق الفسخ. ولو وجد بها[2] عيباً يخل بالمنافع كمرض العبد والدابة ونَدِّها[3]، وانهدام بعض البناء، فله الخيار إن شاء استوفى المنفعة مع العيب، ويلزمه جميعُ البدل؛ لأنه رضي بالعيب، وإن شاء فسخ؛ لأنه وجد العيب قبل القبض؛ لأن المنفعة توجد شيئاً فشيئاً، فكان له فسخه، فإذا زال العيب، أو إزالة المؤجر، فلا خيار له.

(أو مات أحدُهما) أي أحدُ المتعاقدين **(وقد عَقَدَها)** أي الإجارة **(لنفسه)** الواو في «وقد» للحال **(انفسخت)** الإجارةُ؛ لأنها تنعقد ساعةً فساعةً، وبالموت انتقل المنفعةُ أو الأجرةُ إلى الورثة، فتبطل الإجارةُ؛ لأن العَقدَ لم يوجد منهم.

وعند الشافعي: لا تنفسخ؛ لأنها كبيع العين، والبيع لا ينفسخ بموت العاقدين أو أحدهما، فكذا هذا. وهذا إذا عقدها لنفسه.

أما إذا عقدها لغيره لم تنفسخ بموت من عَقَدَ لعدم الانتقال إلى الورثة، كالوصي والولي وقَيِّمِ الوقف والوكيل بالإجارة.

وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الإجارة؛ لأن التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع، فصار كالتوكيل بشراء الأعيان، فيصير مستأجِراً لنفسه، ثم يصير مؤجِراً من الموكل، كذا في «الذخيرة».

---

(١) صريحاً.
(٢) أي بالعين المستأجرة.
(٣) أي فرارها.

(وتُفْسَخُ الإجارةُ بالعُذْرِ) وقال الشافعي: لا تُفسخ إلا بالعيب؛ لأن المنافعَ عنده بمنزلة الأعيان، فأشبه البيعَ.

ولنا: أن المنافع غير مقبوضةٍ، وهي المعقودُ عليها، فصار العُذرُ في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع، فتُفسخ به؛ إذ المعنى يَجْمَعُهُمَا، وهو عجزُ العاقدِ عن المُضي في موجَبه[١]، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به[٢]، وهذا هو معنى العُذر عندنا.

وهو (كمن استأجر حانوتاً ليتجر: فأفلس) وكذا لو استأجر إنساناً ليقلع ضرسه، فسكن وجعُه، أو ليقطع يده لآكلة، فسقطت الآكلةُ.

(أو آجر شيئاً) كالدار والحانوت (ثم لزمه دينٌ، ولا مالَ له سواه) الواو في «ولا مال» للحال، أي والحال أنه لا مال للمؤجر سوى ذلك الشيء يفسخه[٣]، ويبيعه[٤] لقضاء دينه؛ لأن على تقدير عدم الفسخ يلزمه ضرر لم يلتزمه بالعقد، وهو حبسه على الدين، والإجارةُ على تقدير الإفلاس، فيفسخ دفعاً للضرر.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا كان الدين ظاهراً. فإن لم يكن، ولكنه أقر بالدين وكذبه المستأجر، أو الآجر جاز إقراره، ويكون عذراً عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

وفي «التجريد»: لو آجر نفسه في عمل، وهو ممن يُعاب به، فله الفسخ.

وفي «النوازل»: لو استأجر إبلاً، ثم اشترى بغلاً لا يكون عُذراً في الفسخ. ولو اشترى إبلاً يكون عُذراً.

---

(١) عقد.

(٢) عقد.

(٣) عقد.

(٤) شيء.

(أو استأجر دابة للسفر، فبَدَا له) أي ظَهَرَ للمستأجر رأي تَـرْكِ السفر؛ إذ ربما قَصَدَ الحج، ففات وقته، أو سافر لإحضار الغريم، وقد حَضَرَ، ولو جَرَى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لم يلزمه بالعقد.

(وإن بدا للمُكَاري) أي إن ظَهَرَ للمكاري رأيُ تَـرْكِ السفر: **(فليس بعذر)**؛ لأنه يمكنه أن يبعث دابته على يد غيره.

وعن الكرخي: إن مَرِضَ المكاري، فهو عذر؛ لأنه لا يخلو عن نوع ضرر، فيعذر حالةَ الاضطرار لا حالةَ الاختيار.

ثم الفسخ بهذا الأعذار إنما يكون بقضاء القاضي على رواية «الزيادات»، حتى لو باع المؤجِرُ المذكورُ دارَه، أو حانوته قبل القضاء لا يجوز.

وعلى رواية «الأصل»[1]: يكون الفسخ بدونه، فيجوز بيعه، وأصحهما الأولى؛ لأن الفسخ مختلف فيه، فيتوقف على القضاء كالرجوع في الهبة.

ومن المشايخ من وفَّق بينهما[2] بأن العُذرَ إن كان ظاهراً لم يحتج إلى القضاء، وإن كان غير ظاهر كالدين الثابت بإقراره يحتاج إلى القضاء، ليصيرَ العُذرُ بالقضاء ظاهراً، كذا في «التجريد».

وفي «الاختيار»: وعلى رب الدار عمارتها، وإصلاحُ مَيَازِبِـها[3] وبئر الماء وتنظيف البالوعة الممتلئة من أفعال المستأجر، وكل ما يكون مُضِرًّا بالسكنى، فإن لم يفعل، فللمستأجر أن يَخْرُجَ[4].

---

(١) أي المبسوط.

(٢) أي بين رواية الزيادات وبين رواية الأصل.

(٣) جمع ميزاب.

(٤) عن الدار.

وإن رأى هذه العيوبَ وقتَ الإجارة، فلا خيار له؛ لأنه رضي بالعيب. وعلى المستأجر رميُ التراب والرَّمَادِ المجتمع في الدار من كَنْسِه؛ لأنـه ليس من باب السكنى، وكري نهر رحى الماء على الآجر، إلا أن يكونَ شَرَطَه على المستأجِرِ.

* * *

كتاب الرهن

وهو في اللغة: مطلق الحبس، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[1] أي محبوسة.

وفي الشرع: الحبسُ بمالٍ مخصوصٍ بصفةٍ مخصوصةٍ.

ويطلق على المرهون تسميةً للمفعول باسم المصدر.

(وهو) أي الرهنُ (**عقدُ وثيقةٍ**)[2] للاستيفاء، لا بد فيه من الايجاب والقبول كسائر العقود (**بمالٍ مضمونٍ بنفسه**) أي بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً، فإن القيمة مثلُه معنىً، كالمغصوب، والمهر، وبدل الخُلع، والصلح عن دم العمد، فيجوز الرهن بها؛ لأنها مضمونة ضماناً صحيحاً يمكن استيفاءُ الدين منه.

احترز بقوله: «مضمون بنفسه» عن مالٍ مضمونٍ بغيره كالمبيع في يد البائع، فإنه لا يصح الرهنُ به؛ لأنه إذا هلك في يد البائع لا يضمن شيئاً؛ ولكنه يَسقط الثمنُ، والثمنُ حق البائع، فلا يمكن الرهنُ به، والمبيعُ غير مضمون للمشتري، فلم يصح الرهنُ به.

(**يمكن استيفاؤه منه**) أي يمكن استيفاءُ ذلك المال من الرهن كالديون.

قيد بقوله: «يمكن»؛ لأنه إذا لم يمكن استيفاؤه منه[3] لا يجوز الرهن به كالحد والقصاص، فإنه إذا رهن من عليه الحد أو القصاص عند ولي المقتول لا

---

(١) سورة المدثر: ٣٨.

(٢) محكم.

(٣) رهن.

يجوز لعدم إمكان استيفاء الحد والقصاص من الرهن، وكالوديعة، والعارية، ومال المضاربة، والشركة، والمستأجر، ونحوها، فإنه لا يجوز الرهن؛ لأن الرهن مقتضاه الضمان، وما ليس بمضمون لا يوجد فيه معنى الرهن.

(**ولا يتم**) الرهنُ (**إلا بالقبض**) وفيه إشارة إلى أن القبض شرط اللزوم، كما في الهبة؛ لأنه قبضٌ بعقد مشروع، فأشبه البيع.

وقال بعض: إنه شرط الجواز، وبه قال محمد، كذا في «المغني».

(**أو**) يتم (**بالتخلية**) أي برفع الموانع من قبض المرتهن في زمانٍ يمكنه القبض لقيامها مقام القبض، كما في البيع والهبة.

(**وقبل ذلك**) أي قبل القبض والتخلية (**إن شاء سلَّم**) أي إن شاء الراهنُ سلم الرهن للمرتهن (**وإن شاء لا يسلم**)؛ لأنه عقد تبرع. ألا يرى أنه لا يجبر عليه. وروي عن أبي يوسف: أنه[١] لا يثبت إلا بالنقل؛ لأن قبضه موجِب للضمان ابتداءً، فلا يثبت إلا بالنقل كالغصب.

ولنا: ما قررناه.

وفي «الاختيار»: ولا يجوز بالشفعة، ولا بالدرك، ولا بدين سيجب؛ لأنه وثيقةٌ بمعدوم، ولا بالقصاص في النفس، وما دونها لعدم التمكن من الاستيفاء.

ويجوز بجناية الخطأ، ويكون رهناً بالأرش[٢]؛ لأنه يمكن استيفاؤه، ولا يجوز بالكفالة بالنفس لتعذر الاستيفاء، ولا بأجرة النائحة والمغنية؛ لأنه غيرُ مضمون. ويجوز شرطُ الخيار للراهن؛ لأنه لا يملك الفسخ، فيفيد الشرط.

---

(١) رهن.

(٢) دية.

ولا يجوز للمرتهن؛ لأنه يملك الفسخ بغير شرط، فلا يفيد.

ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه كالحر والمدبر وأم الولد والمكاتب والميتة والدم؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء منها، فلا يحصل التوثق. وكذا جذع في سقف، وذراع من ثوب، وأشباهه، ولما مر.

ولا يجوز للمسلم رهن الخمر والخنزير.

ويجوز للذمي؛ لأن الرهن والارتهان للوفاء والاستيفاء.

ولا يجوز للمسلم ذلك من الخمر، ويجوز للذمي.

ثم الرهن على ثلاثة أضرب:

١ - جائز.

٢ - وباطل، وقد ذكرناهما.

٣ - وفاسد، وهو رهن المبيع، ورهن المشاع، والمشغول بحق الغير، أو اشترى عبداً، أو خلًّا، ورهن بالثمن رهناً، ثم ظهر العبد حرّاً، والخل خمراً، أو قتل عبداً، فأعطاه بقيمته رهناً، ثم ظهر حرّاً.

قال القدوري في شرحه: يهلك بغير شيء؛ لأن المبيع غير مضمون بنفسه، والقبض لم يتم في المشاع والمشغول، ولم يصح في الحر والخمر، كما رهنه ابتداءً.

ونص[1] محمد في «المبسوط» و«الجامع»: أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمونٌ بالأقل من قيمته ومن الدين؛ لأن الرهن انعقد لمقابلة المال بالمال حقيقة في البعض، وفي البعض في ظنهما، لكنه فسد لنقصان فيه؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه

---

(١) صرح.

من الرهن، فيكون مضموناً بالأقل منهما، كالمقبوض في البيع الفاسد مضمونٌ بقيمته، فكذا هذا، إلا أنه يضمن الأقل منهما هنا.

أما إذا كانت القيمة أقل: فظاهر.

وأما إذا كان الدين أقل: فلأنه إنما قبضه ليكون مضموناً بالدين، والمختار قول محمد.

وفي «القنية»: المرتهن يتفرد بفسخ الرهن دون الراهن، حتى لو رده، وقال: فسختُ الرهن، ولم يرض الراهنُ، وهلك لا يسقط شيء من الدين.

(ولا يصح) الرهن **(إلا مَحُوزاً)** أي مقسوماً.

احترز به عن رهن المشاع، فإنه غير جائز.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني: ولو قضى القاضي بجواز رهن المشاع ينفذ قضاؤه. فإذا وقع الرهن مشاعاً ينبغي أن يُلحق بآخره حُكم حاكم حتى يصح.

(مُفَرَّغاً) عن الراهن ومتاعه، حتى لو رهن داراً، وسلمها، وهو[1] فيها لا يتم حتى يسلمها ثانياً بعد خروجه منها؛ لأن التسليم الأول لم يصح لشغلها به.

(مُـمَيَّزاً) عن اتصاله[2] بغيره اتصال خلقه.

احترز به عن رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر، فإنه غيرُ جائز؛ لأن مقصود الرهن رهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلا بالحبس الدائم، والحبس لا يتصور بدون القبض، والقبض لا يمكن بدون هذه الأوصاف، فلا يصح الرهن بدونها.

---

(١) حال.

(٢) رهن.

(فإذا قبضه المرتهن: دخل) الرهن **(في ضمانه)** أي ضمان المرتهن.

وقال الشافعي: لا يدخل الرهن في ضمان المرتهن، بل يكون عنده أمانة؛ لأن الرهن للاستيثاق، فإذا صار مضموناً، وسقط الدين بهلاكه فات معنى التوثق عنه[١].

ولنا: أنه[٢] محبوسٌ بالدين، ومقبوضٌ لأجله، فلو كان الدينُ مقبوضاً كان مضموناً؛ لأن الدائن إذا أخذ ما على المديون من الدراهم يجب عليه رد مثل ما أخذه، فيتقاصان، هذا هو الطريق في قبض الديون[٣]، فإذا كان قبض الدين مضموناً يُلحق به ما هو مقبوضٌ لأجله، كما جُعِلَ المقبوضُ على سَوم الشرى كالمقبوضِ بعد البيع دفعاً للضرر عن مالك العين.

(ويَهْلِكُ) الرهن **(على ملك الراهنِ حتى يكفِّنَه)** أي يكفن الراهن الرهن؛ لأنه ملكه حقيقة، وهو أمانةٌ في يد المرتهن، حتى لو اشتراه لا ينوب قبضُ الرهن عن قبض الشراء؛ لأنه قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الضمان. وإذا كان[٤] ملكه[٥]، فمات كان عليه كفنه.

(ويصير المرتهنُ مستوفِياً من ماليته قَدْرَ دَيْنِهِ حُكْماً) أي شرعاً لا حقيقة **(والفاضلُ)** من الدين **(أمانةٌ)** في يد المرتهن لا يضمن ما لم يتعدَّ في هلاكه.

(وإن كان) الرهن **(أقلَّ)** من الدين **(سقط من الدَّيْنِ بِقَدْرِه)** أي بقدر الرهن، ورجع المرتهن بالفضل.

---

(١) رهن.

(٢) رهن.

(٣) لأنه مثلًا إذا كان لزيد على عمرو ألف درهم، فقضى عمرو الألف إلى زيد، فكأنه صار لعمرو ألفاً على زيد، وكان لزيد ألفاً على عمرو، فتقاصا الألف بالألف هذا الطريق في قبض الديون.

(٤) رهن.

(٥) راهن.

وقال زفر: الرهن مضمون بالقيمة؛ لأن الزيادة على الدين مرهونة، لكونها محبوسة به، فتكون مضمونةً، اعتباراً بقدر الدين.

ولنا: أن المضمون قدرُ ما يستوفيه من الدين، فعند زيادة قيمته الزيادة أمانةٌ؛ لأنها فاضلة عن الدين، وقد[1] قبضها بإذن المالك، وعند النقصان قد استوفى قيمتَه، فبقي الباقي عليه كما كان.

وفي «الأجناس»: لو شرطا ألا يسقط الدينُ إن هلك الرهن كان الشرطُ باطلاً، والرهن جائزاً[2].

وكذا لو نَقَصَ العَيْنُ من حيث العَيْنُ يَسقط الدينُ بقدره.

ولو نَقَصَ من حيث السِّعْرُ لا يَسقط.

(**وتُعْتَبرُ القيمةُ يومَ القبضِ**)؛ لأنه يومئذ دخل في ضمانه، وفيه يثبت الاستيفاء يداً، ثم يتقرر بالهلاك، وإن اختلفا في القيمة، فالقول للمرتهن؛ لأنه ينكِر الزيادةَ، والبينة للراهنِ؛ لأنه يُثبِتها.

(**وإن أودعه**) أي إن أودع المرتهنُ الرهنَ (**أو تصرَّف**) المرتهنُ (**فيه**) أي في الرهن ببيع، أو إجارة، أو إعارة، أو رهن، ونحوه (**ضمنه**) أي ضمن المرتهنُ الرهنَ (**بجميع قيمته**).

وكذا إذا تَعَدَّى فيه كاللُّبْسِ، والركوب، والسكنى، والاستخدام؛ لأنه متعدٍّ في ذلك؛ إذ هو غير مأمور به من جهة المالك، والزائد على قدر الدين أمانة، والأمانات تُضمن بالتعدي، ولا ينفسخ عقد الرهن بالتعدي، ولأنه ما رضي إلا

---

(١) حال.

(٢) فيضمن بهلاكه.

بحفظه، والناس يختلفون فيه، وكان مخالفاً بخلاف زوجته وولده وخادمه الذي في عياله، كما سيجيء؛ لأن الإنسان إنما يحفظ ماله غالباً بهؤلاء، فيكون الرضا بحفظه رضا بحفظهم، فلا يضمن.

وفي «الاختيار»: ولُبْسُ الخاتم في خنصره تعدٍ، وفي غيرها حفظٌ، والتقلد بالسيف والسيفين تعد للعادة، وبالثلاث لا، ووضع العمامة والطيلسان على الرأس، كما جرت به العادة تعد، ووضعهما على العاتق أو الكتف لا، والتعمم بالقميص ليس بتعدٍ، ووضع الخلخال موضع السوار، وبالعكس[1] ليس بتعدٍّ، ولبسهما موضوعهما تعدٍّ.

(ونفقة الرهن، وأجرةُ الراعي على الراهن) لأنه ملكه، فما يُحتاج إليه في بقائه من الكسوة وغيرِها يكون عليه. وكذا عليه أجرةُ سَقْيِ البستانِ، وتلقيحُ النخلة، والقيامُ بمصالحه[2]. ولو أَبَى الراهنُ عن الإنفاقِ أَمَرَ القاضي المرتهنَ بأن يُنْفِقَ عليه، ثم يَرْجِعَ على الراهنِ وإن[3] هَلَكَ الرهنُ؛ لأنه لا يكون رهناً بالنفقة، كذا في «الخلاصة». وإن أدى أحدُهما ما يجب على الآخَرِ يصير متطوعاً، كما إذا قضى دينَ غيره بغير أمره، وإن أدى بأمر القاضي يرجع عليه؛ لأن للقاضي ولايةً عامةً، كذا في «التوفيق».

(ونماؤه له) أي نماءُ الرهن للراهن، لبقائه على ملكه كالولد.

(ويصير) النماءُ **(رهناً مع الأصل)**.

وقال الشافعي: لا يصير النماءُ رهناً مع الأصل؛ لأن تَعينَ عينِ الرهن للبيع لا يستدعي تعينَ عينٍ آخرَ.

---

(١) أي وضع السوار موضع الخلخال.

(٢) رهن.

(٣) وصل.

ولنا: أن حكم الرهن لما كان هو الحبس بالدين سَرَى إلى الفروع؛ إلا أنه (إن هلك) النماء (يَهْلِكُ بغير شيء)؛ لأنه لم يدخل تحت العقد مقصوداً، فلا يكون له قِسْطٌ من الدين، ولأن المرتهن لم يقبضها بجهة الاستيفاء، ولا التزم ضمانَها، فلا يلزمه كولد المبيعة قبل القبض مبيعٌ، وليس بمضمون على البائع، ولا معتبر بنقصان القيمة[1] وزيادتها؛ لأن ذلك يختلف باختلاف رغبات الناس.

أما العين لم يتغير، والقبض ورد على العين دون القيمة، وغلة العقار، وكسب الرهن ليس برهن؛ لأنه غير متولد منه، ولا بدل عنه ككسب المبيع وغلته، وكذا في «الاختيار».

(وإن بقي) النماء (وهلك الأصلُ: افتكَّه) أي خلَّص الراهنُ النماء (بحصته) أي بحصة النماء.

(يُقْسَمُ الدينُ على قيمة النماء يومَ الفَكَاكِ)؛ لأن النماءَ إنما صار مقصوداً ومقابلاً بشيء من الدين وقتَ الفك، ولهذا لو هلك الولدُ بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شيء.

وفي «الصحاح»: فكاك الرهن بالفتح ما يفك به، والكسر لغة.

(وقيمةِ الأصل) أي ويُقْسَمُ الدَّيْنُ على قيمةِ الأصل (يومَ القبضِ)؛ لأنه كان مضموناً بقبضه، فاعتبر قيمةُ يومه.

(وتَسْقُطُ حِصَّةُ الأصلِ) يعني بعد قسمة الدين على قيمة الرهن والنماء تسقط حصة الأصل؛ لأنه كان مقابلاً بالدين ومقصوداً، ويفتك الراهن النماءَ بحصته. مثلاً إذا كان قيمةُ الأصل ألفاً، وقيمةُ الولد ألفاً، فالدينُ بينهما نصفان، فإن مات الولدُ

---

(١) أي قيمة الرهن.

ذهب بغير شيء، وبقيت الأمُّ بجميع الدين. وإن ماتت الأمُّ، وبقي الولدُ، فإن افتكه افتكه بنصف الدين. وإن هلك الولدُ بعد موت الأم ذهب بغير شيء، فذهب كلُّ الدين بموت الأم. ولو لم يمت واحد منهما، ولكن نَقَصَت قيمةُ الأمِّ، فصارت خمسمائة، أو زادت، فصارت ألفين، والولدُ على حاله، فالدينُ بينهما[١] نصفان، ولا يتغير عما كان. وإن كانت الأمُّ على حالها، وانتَقَصَت قيمةُ الولدِ، فصارت خمسمائة، فالدينُ فيهما أثلاثاً: ثلثان في الأم، وثلث في الولد. ولو زادت قيمةُ الولدِ، فصارت ألفين فثلثا الدينِ في الولد، والثلثُ في الأم، حتى لو هلكت الأم بقي الولدُ بثلثي الدين، كذا في «المحيط».

وصورة أخرى: إن كان قيمةُ الأصلِ عشرة، وقيمةُ النماءِ خمسةً، والدينُ[٢] اثني عشرة، فإن قَسَمْتَ الدينَ عليهما تكونُ حصةُ النماءِ أربعةً، فيفتكه بأربعةٍ، والباقي سَاقِطٌ.

(**وتجوز الزيادةُ في الرهن**) وقال زفر: لا تجوز كما في الدين.

ولنا: أن الرهن إذا زيد يصير الشيوعُ في الدين بأن يصير الزائدُ بمقابلةِ بعضِ الدينِ، والشيوعُ فيه لا يبطله[٣]، ولهذا جاز الرهنُ ببعض الدين، ولا كذلك الزيادةُ في الدين، كما سنبينه.

ثم إذا صحت الزيادةُ في الرهنِ قُسم الدينُ على قيمتها يومَ قبضها، وعلى قيمة الأول يوم قبضه؛ لأن كلًّا منهما دخل في الضمان يوم قبضه.

صورته: إذا رهن عبداً يساوي ألفاً بتسعمائة، ثم ردَّ عبداً آخرَ يساوي خمسمائة

---

(١) أي بين الأصل والولد إن مات الأصل بعد.

(٢) حال.

(٣) رهن.

ليكون رهناً بها مع العبد الأول يُقسَم الدينُ على قيمة الأصل والزيادة، فيكون الأصلُ رهناً بستمائة، والزيادة بثلاثمائة.

(ولا تجوز) الزيادةُ (في الدين).

وقال أبو يوسف: تجوز، مثلاً إذا حَدَثَ للمرتهن على الراهن دين آخرُ، فاتفقا على أن يكون الرهن رهناً بالدينين.

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز، أي لا يكون الرهن رهناً بالزيادة، لا أن نفس زيادة الدين غير جائزة؛ لأنها صحيحة اتفاقاً.

صورته: إذا رهن عبداً قيمته مائتان بمائة، ثم أخذ من المرتهن مائة أخرى على أن يكون العبد رهناً بالمائتين معاً، فهذا الرهن لا يجوز عندهما، فبقي الدين الثاني بلا رهن. ثم إذا هلك العبد استوفي نصف قيمته بالدين الأول، ونصف قيمته هلك أمانة، فلزم ضمان الدين الثاني على الراهن.

له: القياس على جواز الزيادة في الرهن.

ولهما: أن الزيادة في الدين تُفضي إلى شيوع الرهن؛ لأن بعضه يصير بمقابلة الدين الأول، وبعضه بالثاني، والشيوع[1] فيه غير جائز[2].

(وأجرةُ مكانِ الحفظ: على المرتهن) وإن[3] كان في قيمة الرهن فضلٌ؛ لأن أجرةَ البيتِ بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له. وكذلك مداواة الجرح إذا كان قيمته مثل الدين. أما إذا كان قيمته أكثر، فمنقسم على المضمون والأمانة،

---

(١) حال.

(٢) فبقي الدين الثاني بلا رهن.

(٣) وصل.

فما هو مضمون، فعلى المرتهن وما هو أمانة، فعلى الراهن، كذا في «شرح الوقاية» لصدر الشريعة.

وفي «الاختيار»: وكذلك أجرة الحافظ، وجُعل الآبق؛ لأنه[1] يحتاج إلى إعادة يده ليرده على مالكه، فكان من مؤنة الرد، فيجب عليه. وإن كانت قيمته أكثرَ من الدين، فعلى الراهن قدرُ الزيادة؛ لأنها أمانة، فتكون يده[2] يد الأمانةِ، فتكون المؤنة على المالك، والخراج على الراهن؛ لأنه مؤنة ملكه.

(**وله أن يحفظه**) أي للمرتهن أن يحفظ الرهن (**بنفسِه، وزوجتِه، وولدِه، وخادمِه الذي في عياله**) فلا يُشترط في المرأة أن تكون في عياله، ولا في الابن الصغير. والمعتبر فيه المساكنة. ولا عبرة بالنفقة، حتى أن المرأة لو دفعته[3] إلى زوجها لا تضمن.

وأجيره الخاص كولده الذي في عياله.

(**وليس له**) أي ليس للمرتهن (**أن ينتفع بالرهن**)؛ لأن حق المرتهن إنما هو في الحبس، لا في الانتفاع.

(**فإن أَذِنَ له الراهن**) أي إن أَذِنَ للمرتهن الراهن في الانتفاع (**فهلك**) الرهن (**حالةِ الاستعمالِ: هلك أمانةً**)؛ لأنه عارية على ما يأتي في بابها.

قيد بـ«حالة الاستعمال»؛ لأنه لو هلك قبل الاستعمال هلك مضموناً لبقاء يد الراهن.

وكذا بعد الاستعمال لزوال يد العارية، وعود يد الراهن، بخلاف الغاصب

---

(١) أي المرتهن.

(٢) مرتهن.

(٣) رهن.

إذا انتفع بإذن المالك، فهلك المغصوبُ لا يَضمن سواء هلك حالةَ العمل أو بعده، كذا في «الجامع الكبير».

(**ويصح رهن الدراهم والدنانير**)؛ لأنهما محل الاستيفاء.

(**فإن رُهِنَتْ**) الدراهم أو الدنانير (**بجنسها، فهلكت سقط مثلُها من الدين**)؛ لأن الاستيفاء حَصَلَ، فلا فائدة في تضمينه بالمثل؛ لأنه مِثْلِيٌّ، ثم يدفعه إليه قضاء.

(**وكذلك كل مكيل وموزون**) رُهِنَ بجنسه وإن[1] اختلفا[2] في الجودة والرداءة؛ لأن الجودةَ لا قيمةَ لها عند المقابلةِ بالجنس في الأموال الربوية، هذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: تُعتبرُ القيمةُ، فيُقوَّم بخلاف الجنس، ويكونُ رهناً مكانه، فإن رَهَنَ إبريقَ فضةٍ وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم، فهلك.

فعند أبي حنيفة: هلك بالدين.

وعندهما: إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر فكذا، وإن كان قيمته أقل، وهي ثمانية مثلاً يُشترى بثمانية دراهم ذهب، ليكون رهناً مكانه، كذا في «شرح الوقاية» لصدر الشريعة.

لهما: أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن، لما فيه من الضرر بالمرتهن، ولا إلى اعتبار القيمة؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس.

وجوابهما: ما مر[3].

---

(١) وصل.

(٢) أي الرهن والدين.

(٣) وهو قوله: إن الجودة لا قيمة لها إلى آخره.

(ويصح) الرهنُ **(برأس مال السلم، وبدل الصرف)**.

وقال زفر: لا يصح؛ لأنه لو صح صار مستوفياً بهلاكه في مجلس العقد، وهو[١] استبدالٌ لعدم المجانسة، وهو غيرُ جائز.

ولنا: أنه إنما يصير مستوفياً باعتبار ماليته، والمجانسةُ ثابتةٌ بذلك الاعتبار، فلا يكونُ استبدالاً، فيجوز الرهنُ بهما كسائر الديون.

(فإن هلك) الرهن **(قبل الافتراق)** من المجلس **(تم الصرف، والسلم، وصار)** المرتهن **(مستوفياً)** ثمن الصرف، ورأس مال السلم حُكماً؛ لأنهما لم يَفْتَرِقَا إلا عن قبضٍ حكميٍّ.

(وإن افترقا والرهن قائم) الواو في «والرهن» للحال، أي والحال أن الرهن قائم **(بَطَلَا)** أي بطل الصرف والسلم، لفوات شرط صحتهما، وهو القبض في المجلس، وعلى المرتهن رد الرهن إلى صاحبه، فإن هلك في يده قبل الرد هلك برأس المال، وبدل الصرف، ويجب عليه ردهما على صاحبه، ويكون في الزائد عليهما أميناً، كذا في «الينابيع».

(ويصح) الرهن **(بالدينِ الموعودِ، فإن هلك)** الرهنُ **(هلك بما سمي)** من الدين، أي إن هلك الرهن في يد المرتهن، فللراهن على المرتهن المقدارُ الذي وَعَدَ إقراضه.

صورته: إن رهنه شيئاً على أن يُقرِضَه درهماً، فهلك الرهن قبل القبض، فعليه أن يُعطيه درهماً. ولو قال: على أن يُقْرِضَه شيئاً، ولم يسم، فهلك أعطاه ما شاء[٢]،

---

(١) استيفاء.

(٢) مرتهن.

والبيان إليه[١]؛ لأنه بالهلاك صار مستوفياً شيئاً، فيصير كأنه قال عند الهلاك: وجب لفلان عليَّ شيء. ولو قال: بدراهم يلزمه ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع.

وعن أبي يوسف: لو قال: أَقْرِضْني وخُذْ هذا الرهن، ولم يُسم، فأخذه، وضاع، ولم يُقْرِضْه قال: عليه قيمةُ الرهنِ، كذا في «الاختيار».

ثم اعلم أن الرهن إنما يكون مضموناً بالدين الموعود إذا كان الدين مساوياً للقيمة أو أقل. أما إذا كان أكثر، فلا يكون مضموناً بالدين، بل بالقيمة.

(ومن اشترى شيئاً على أن يرهن بالثمن شيئاً بعينه) أي مُعَيَّناً **(فامتنع)** المشتري عن تسليم الرهن **(لم يُجبر)**.

وقال زفر: يُجبر المشتري على التسليم؛ لأنه مشروط في البيع، فصار من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن.

ولنا: أن الرهن تبرع من الراهن، ولا جَبْرَ في التبرع.

(والبائع إن شاء ترك الرهن) ورضي البيع بلا رهن **(وإن شاء رد البيع)**؛ لأنه فات الوصفُ[٢] المرغوبُ فيه، ولم يكن[٣] راضياً إلا به، فيتخير **(إلا أن يعطيه)** أي يُعطي المشتري البائعَ **(الثمن حالًّا أو يعطيه)** أي يعطي المشتري البائع **(رهناً)** مكانه **(مثل)** الشيء **(الأول)**، فحينئذ لم يتخير[٤] لحصول المقصود، وهو الثمن، أو استيثاقه؛ لأنه مثلُه في القيمة.

(وإن رهن عبدين بدين، فقضى) الراهن **(حصةَ أحدهما)** أي ما يحصه إذا

---

(١) مرتهن.

(٢) وهو الرهن.

(٣) بائع.

(٤) بائع.

قُسِمَ الدينُ على قيمتهما (**فليس له أخذه**) أي ليس للراهن أخذُ أَحَدِ العبدين (**حتى يقضي**) الراهنُ (**باقي الدين**)؛ لأن الرهن محبوس بمجموع الدين، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه حثّاً له على قضاء الدين. وكذلك إن سمى لكل واحد منهما شيئاً من الدين في رواية «الأصل».

وذكر في «الزيادات»: له قبضه إذا أدَّى ما سمى له، وهو قولُ محمد؛ لأنه محبوس بالقدر الذي سماه له، ولهذا لو هلك هلك به.

ووجه الأول: أن الصفقة واحدةٌ وإن[1] عَيَّنَ لكل واحد منهما شيئاً. ولهذا لو قَبِلَ العقدَ في البعض دون البعض لا يجوز، كما في البيع، كذا في «الاختيار».

فإن هلك عند المرتهن بعد ما قضى الراهن دينَه يسترد ما أعطاه، كما لو كان[2] واحداً.

وفي «القنية»: لو رَهَنَ ثوباً قيمته خمسة[3] بخمسة[4]، فقضى دينارين، ثم قال[5]: يكون الرهن رهناً بما بقي من الدين، فهو رهن بالخمسة، حتى لو هلك يرجع الراهن بدينارين.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: رجل دفع إلى رجل ثوبين، فقال: خذ أيهما شئتَ رهناً بالمائة التي لك عليَّ، فأخذهما، فضاعا من يده لا يذهب من الدين شيء، وجُعل ذلك بمنزلة رجل له على رجل عشرون ديناراً، فدفع الذي عليه الدين إلى الطالب مائة، وقال: خذ منها عشرين، فضاعت المائة قبل أن

---

(١) وصل.

(٢) عبد.

(٣) دنانير.

(٤) دنانير.

(٥) راهن.

يأخذ، فهي من مال الدافع، والدين عليه على حاله، فكذا الرهن.

(**فإن رهن عيناً**) واحدة (**عند رجلين: جاز**)؛ لأنه أضاف الراهن إلى جميعها صفقة واحدة، فتكون محتبساً بما رهنها به، وهو[1] مما لا يقبل التجزؤ، فتكون محبوساً بكل واحد منهما، فإن تَـهَايَئَا، فكل واحد منهما في حق صاحبه كالعدل.

(**فالمضمون على كل واحد منهما**) أي من ذينك الرجلين (**حصةُ دينِه**)؛ لأن الواجب على كل واحد منهما أن يضمن حصته إذا هلكت، فيصير كل منهما مستوفياً حقه؛ لأن الاستيفاء متجزئ.

(**فإن أوفى أحدهما**) أي إن أدَّى الراهن دين أحد الرجلين (**فجميعها**) أي جميعُ تلك العين (**رهن عند الآخر**)؛ لأن جميعَها رهن عند كل واحد منهما من غير تفريقٍ، لما بينا، وصار كحبس المبيع إذا أدى أحدُ المشتريين حصته. ثم إن هلكت العينُ عند الآخر بعد ذلك يَسْتَرِدُّ[2] ما أدَّاه، كما لو كان[3] واحداً؛ لأن كل واحد بالهلاك يصير مستوفياً دينَه، كذا في «التوفيق».

(**وللمرتهن مطالبة الراهن، وحبسه بدينه وإن كان الرهن في يده**) «إن» هذه ::وصل يتصل بقوله: «وللمرتهن مطالبة الراهن» أي وللمرتهن مطالبته وإن[4] كان الرهن في يد المرتهن، لبقاء حقه في الدين، والرهنُ للاستيثاق، فلا يمنع المطالبة، فإذا طالبه، ومَطَلَه[5]، فقد ظلمه، فيحبسه القاضي جزاءً على الظلم.

---

(١) رهن.

(٢) راهن.

(٣) مرتهن.

(٤) وصل.

(٥) أي أخره.

المطل: طلب المهلة.

(وليس عليه أن يمكنه من بيعه) أي ليس يجب على المرتهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن **(لقضاء الدين)** من ثمنه[١]؛ لأن حُكم الرهن الحبس إلى أن يقبض تمام الدين، لكن يؤمر المرتهن بإحضاره، لما بينا أن قبضه قبض استيفاء، فلو قَبَضَ دينَه مع ذلك يتكرر الاستيفاء على تقدير محتمل، وهو الهلاك في يده، فإذا أحضره، قيل للراهن: سلِّم الدينَ أوَّلاً ليتعين، وهو نظير بيع السلعة بالثمن. ولو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استردَّ الراهن ما قضاه لصيرورة المرتهن مستوفياً عند هلاك الرهن بقبضه السابق، ولكون الثاني استيفاءً بعد استيفاء. وهذا لأن الرهن ما دام في يد المرتهن يكونُ مضموناً عليه وإن[٢] استوفى الدين. وكذا لو هلك بعد ما فَسَخَا الرهنَ ما دام في يده، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

* * *

---

(١) رهن.

(٢) وصل.

(**وليس عليه أن يمكنه من بيعه**) أي ليس يجب على المرتهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن (**لقضاء الدين**) من ثمنه[١]؛ لأن حُكم الرهن الحبس إلى أن يقبض تمام الدين، لكن يؤمر المرتهن بإحضاره، لما بينا أن قبضه قبض استيفاء، فلو قَبَضَ دينَه مع ذلك يتكرر الاستيفاء على تقدير محتمل، وهو الهلاك في يده، فإذا أحضره، قيل للراهن: سلِّم الدينَ أوَّلاً ليتعين، وهو نظير بيع السلعة بالثمن. ولو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استردَّ الراهن ما قضاه لصيرورة المرتهن مستوفياً عند هلاك الرهن بقبضه السابق، ولكون الثاني استيفاءً بعد استيفاء. وهذا لأن الرهن ما دام في يد المرتهن يكونُ مضموناً عليه وإن[٢] استوفى الدين. وكذا لو هلك بعد ما فَسَخَا الرهنَ ما دام في يده، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

* * *

(١) رهن.

(٢) وصل.

فصل [في بيع الرهن]

(وإذا باع الراهنُ الرهنَ) بغير إذن المرتهن **(فهو)** أي بيعُه **(موقوف على إجازة المرتهن)** فمتى أجازه صار ثمنه رهناً؛ لأن حقه كان في ماليته، فمتى لم يجزه، فولايةُ فسخِ البيعِ إلى القاضي لا إليه.

وقيل: ينفسخ البيع كعقد الفضولي، حتى لو افتكه الراهنُ لا سبيلَ للمشتري عليه. قالوا: والأول هو الأصح؛ لأن التوقف إنما كان صيانة لحق المرتهن من البطلان، وحقه في الحبس، وذلك لا يمنع الانعقاد، فيبقى موقوفاً إن شاء المشتري صَبَرَ حتى يفتكه الراهنُ، وإن شاء فسخ بالقاضي لعجزه[1] عن التسليم، وصار كإباق العبد بعد البيع قبل القبض، فإن المشتري يتخير، كما ذكرنا.

(أو قضاء دينه) يعني إذا قَضَى الراهنُ دينَه جاز البيعُ أيضاً؛ لأن المانع، وهو تعلق حق المرتهن به قد ارتفع[2].

(وإن أعتق) الراهنُ **(العبدَ الرهنَ نفذ عتقُه)**؛ لأنه تَصَرَّفَ في ملكه.

وقال الشافعي: لا ينفذ إعتاقُه لتعلق حق المرتهن.

(فطولب) الراهنُ **(بأداء الدين إن كان الدين حالّاً، وإلا)** أي وإن لم يكن الدين حالّاً **(رَهَنَ)** الراهن **(قيمةَ العبد)** مكانَه إلى أن يحل الدينُ دفعاً للضرر عن المرتهن، فإذا حل الدين، وهو من جنس حقه اقتص منه بقدره ورَدّ الفضل.

(وإن كان) الراهن **(معسِراً سعى العبدُ في الأقل من قيمته، ومن الدين)**؛ لأنه

---

(١) راهن.

(٢) خبر «إن».

محل تلف حقه. فهاهنا ثلاثة أشياء: قيمة العبد يوم القبض، وقيمته يوم العتق، والدين، فالواجبُ عليه السعايةُ في الأقل منها، كذا في «المشكلات».

(ويرجع) العبدُ (به) أي بما سَعَاه (على المولى) إذا أيسر؛ لأنه قَضَاه بإلزام الشرع، ومن قَضَى دينَ غيرِه، وهو مضطر فيه[1] يرجع عليه، كمن أعار ثوبَه ليرهن بدين. كذا فإذا قضاه المعيرُ يرجع على الراهن بما أداه لكونه مضطرّاً فيه[2]، بخلاف العبد المستسعى إذا أعتقه أحدُ الشريكين فيه[3] حيث لا يرجع على مولاه؛ لأنه سَعَى في دين نفسه لتحصيل العتق له عند أبي حنيفة، أو لتكميله عندهما. وكذا التدبيرُ والاستيلادُ، لكنهما[4] يسعيان في جميع الدين، ولا يرجعان على مولاهما وإن[5] كان موسراً؛ لأنهما يؤديان الدين عن كسبهما، وهو مال للمولى، كذا في «الخانية».

(فإن استهلك أجنبي الرهن، فالمرتهن يضمنه) أي يضمن الأجنبي (قيمتَه) أي قيمةَ الرهن يومَ الهلاك (فتكونُ) القيمةُ (رهناً مكانه) أي مكانَ الرهن؛ لأن حقه ثابت في حبس العين فكذا في بدله، فإن كانت قيمتُه يومَ القبضِ ألفاً، وضمنه خمسمائة سقط من الدين خمسمائة، كأنها هلكت بآفة سماوية، كذا في «الاختيار».

(وليس للراهن أن ينتفع بالرهن) لما فيه من تفويت حق المرتهن، وهو الحبس الدائم الذي يقتضيه العقد، كما بينا.

(فإن أعاره) أي إن أعـار الراهن (المرتهن) الرهن (فقبضه الراهنُ خرج)

---

(١) قضاء.

(٢) قضاء.

(٣) أي في الرجوع.

(٤) أي المدبر وأم الولد.

(٥) وصل.

الرهنُ (من ضمانه) أي من ضمان المرتهن، حتى إذا هلك في يد الراهن هلك بغير شيء، لفوات القبض عنه[١].

(وله) أي للمرتهن (أن يسترجعَه) أي يسترجع الرهن عن الراهن، ويأخذه عنه لبقاء عقد الرهن، ولهذا لو مات الراهن قبل رده، فالمرتهن أحق به[٢] من سائر الغرماء. وإذا أخذه عاد الضمانُ؛ لأن الرجوعَ لم يكن فائتاً عن المرتهن، فمتى رجع عاد الرهن بصفته، فيعتبر قيمتُه وقتَ الرهن الأول. ولو كان مكانه[٣] غصب، فرَجَعَ المغصوبُ منه المغصوبَ، ثم غَصَبَه الغاصبُ، فعلى الغاصب قيمتُه حين غَصَبَ ثانياً، كذا في «الفصول».

(وإن وضعاه) أي إن وضع الراهنُ والمرتهنُ الرهنَ (على يدِ عدلٍ) جاز، فتكون يده في حق الحفظ كيد الراهن لكونه أمانة عنده، وفي حق المالية كيد المرتهن، حتى يتم الرهنُ بقبضه. ويجوز أن تُجْعَلَ اليدُ الواحدةُ في حكم اليدين كيد الساعي[٤]، فإنها جُعلت كيد المالك، حتى إذا قدَّم الزكاةَ، فانتقص النصابُ، فصار عند آخرِ الحَوْلِ يَتِمُّ بما في يد الساعي تجب عليه الزكاةُ، وجُعلت كيد الفقير، حتى لا يملك استردادَه.

(فليس لأحدهما أخذه) من يد العدل، لتعلق حقهما به[٥] الراهن في الحفظ، والمرتهن في الاستيفاء، فليس لأحدهما إبطال حق الآخر. ولو دفعه[٦] العدلُ إلى

---

(١) رهن.

(٢) رهن.

(٣) رهن.

(٤) عاشر.

(٥) رهن.

(٦) رهن.

الراهن أو إلى المرتهن ضَمِنَ؛ لأنه مودَع الراهن في حق العين، ومودَعُ المرتهن في حق المالية، وكل منهما أجنبي عن الآخر، والمودَعُ يضمن بالدفع إلى الأجنبي، فإذا ضمنه بالدفع إلى المرتهن يملك العدلُ الرهنَ، فلا يَضْمَنُ المرتهن إذا هلك في يده ما لم يَتَعَدَّ فيه.

(**ويَهْلِكُ**) الرهنُ في يد العدل (**من ضمان المرتهن**)؛ لأن يده كيد المرتهن، فيكون[1] مضموناً عليه.

(**ويجوز أن يوكل**) الراهنُ (**المرتهنَ وغيرَه**) كالعدل أو الأجنبي (**على بيع الرهن**) عند حلول الأجل لقضاء الدين؛ لأن المرهونَ ملكه، فيملك التوكيلَ ببيعه. فإذا باعه الوكيل يكون الثمنُ رهناً مكانه ما لم يُـقْضَ به الدينُ، لقيامه مقام الرهنِ المقبوضِ، فإذا هلك هلك من مال المرتهن.

(**فإن شرطها**) أي الوكالةَ (**في عقد الرهن لم ينعزل**) الوكيلُ (**بموت الراهنِ، ولا بعزله**)؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إبطالُه، ولهذا يجبره القاضي على بيعه، كما يُجبر الوكيلَ بالخصومة بطلب الخصم إذا امتنع عن الجواب. فإن أبى الوكيلُ عن بيعه[2] يبيعه القاضي.

قيد بقوله: «في عقد الرهن»؛ لأن التوكيلَ لو وُجد بعده لا يتعلق به حقُّ المرتهن، فينعزل بعزله.

وقيل: يتعلق به حق المرتهن، ويلحق بأصل العقد، فصار كالمشروط فيه.

قال فخر الإسلام: وهذا أصح، ولهذا أُطلق الجوابُ في «الجامع الصغير»، ولم يُفَصَّلْ بين كونه مشروطاً في العقد وغيرَ مشروطٍ.

---

(١) رهن.

(٢) رهن.

(**وإذا مات الراهنُ**) وكان له وصي (**باع وصيه الرهنَ، وقَضَى الدينَ**) للمرتهن؛ لأن الدينَ حل بموته، والوصيُّ قائم مقامه، ولو كان الراهنُ حيّاً كان له بيعه لإيفاء الدين بأمر المرتهن، فكذا هذا.

(**فإن لم يكن له**) أي للراهن (**وصي نَصَبَ القاضي من يَفْعَلُ ذلك**) أي نَصَبَ القاضي من يبيع الرهن، ويَقْضِي الدينَ للمرتهن؛ لأنه نُصِبَ لمصالح المسلمين، والنظر لهم عند عجزهم، والنظرُ فيما ذكرنا؛ لأنه[1] محتاج إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجنة.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الرابع: لو رهن عيناً بدين، وغاب المديونُ غيبةً منقطعةً، فرفع المرتهنُ الآمرَ إلى القاضي حتى يبيع الرهنَ بدينه ينبغي أن يجوز، وأنه كان واقعاً في الفتوى.

(**ومن استعار شيئاً ليرهنه جاز**) وإن[2] لم يسم ما يرهنه به؛ لأن الإطلاقَ في العارية معتبر؛ لأنه لا يُفضِي إلى المنازعة.

وله: أن يرهنه بأي قدر شاء، وأي نوع شاء ممن شاء عملاً بالإطلاق.

(**فإن عين**) المستعيرُ (**ما يرهنه به**) أي ما يرهن المستعارَ به (**فليس له**) أي ليس للمستعير (**أن يزيد عليه**) أي على ما عَيَّنَهُ (**ولا ينقص منه**) أي مما عينه.

أما الزيادة، فلأنه ربما احتاج المعيرُ إلى فَكاك الرهن، فيؤدي قدرَ الدين، وما رضي بأداء القدر الزائد على ما عينه، أو لأنه يَتَعَسَّر عليه ذلك، فيتضرر به.

وأما النقصانُ، فلأن الزائدَ على قدر الدين يكون أمانةً، وما رضي إلا أن

---

(١) راهن.

(٢) وصل.

يكون مضموناً كله، فكان التعيينُ مفيداً، فيتقيد به، وإن رهنه بجنس آخرَ ضمن؛ لأنه لم يَرْضَ به.

وكذا[١] لو عين رجلًا، فرهن عند غيره، لتفاوت الناس في الحفظ. وكذا لو قيده ببلدة فرَهَنَه بأخرى ضمن، والمعيرُ إن شاء ضَمَّنَ الراهنَ لِتَعَدِّيهِ حيث خَالَفَ، وإن شاء ضمن المرتهنَ؛ لأنه قَبَضَ مالَه بغير أمره، فإن ضَمَّنَ[٢] الراهنَ مَلَكَ الرهنَ، فصار كأنه رهن ملكه، ويترتب عليه أحكامُه. وإن ضَمَّنَ المرتهن رجع بدينه، وبما ضَمِنَ على الراهن؛ لأنه بسببه وغروره. ولو رَهَنَه بما عَيَّنَ، فهلك في يد المرتهن صار مستوفياً دينَه لما تقدم. وعلى الراهن للمعير مثلُه؛ لأنه صار قاضياً دينَه، فيرجع بمثله. ولو دخله عيب نُقِصَ من الدين بحسابه، ويضمنه لرب العارية. ولو كانت قيمتُه أقل من الدين ضمن الراهنُ للمعير قيمتَه؛ لأنه صار قاضياً من دينه بقدرها. ولو هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الفكاك لا يضمن؛ لأنه قبضه بإذن المالك، ولم يقض دينه منه. وإذا أعطى المعير الدين ليأخذ الرهن أُجْبِرَ المرتهن على دفعه إليه، ورجع بذلك على الراهن؛ لأنه غير متبرع في ذلك لحاجته إلى خلاص ملكه. ولو اختلفا في قدر ما أمره به، فالقول للمعير؛ لأنه منه يُستفاد. ألا يرى أن له إنكارَ الأصل، وكذا الوصف.

ثم اعلم أن جنايةَ الراهن على الرهن مضمونة؛ لأنه كالأجنبي في المالية حيث تعلق بها حق الغير حبساً، واستيفاءً. وجنايةُ المرتهن تُسْقِطُ من الدين بقدرها؛ لأنه لو نَقَصَ لا بفعله يَسْقُطُ، فبِفِعْلِهِ أولى. وجنايةُ الرهن على الراهن، ومَالِهِ هَدَرٌ[٣].

---

(١) أي ضمن.

(٢) معير.

(٣) باطل.

والمراد جنايةٌ توجب المالَ؛ لأنها جنايةُ المملوك على مالكه. وكذلك جنايته على المرتهن؛ لأنها لو اعتُبرت كان عليه تطهيره منها لحدوثها في ضمانه، فلا يجب له الضمانُ، وعليه[١] الخلاص لعدم الفائدة.

وقال أبو يوسف ومحمد: هي معتبرةٌ؛ لأنها على غير المالك، وفي اعتبارها فائدة، وهو دفعه إليها بالجناية، ويبطل الرهن، وإن لم يطلب المرتهنُ الجنايةَ بقي رهناً على حاله. وإن جنى على ماله وقيمته[٢]، والدينُ سواء لا تُعتبر بالإجماع لعدم الفائدة. وإن كانت القيمة أكثر، فكذا عن أبي حنيفة رحمه الله. وعنه: أنه يُعتبر بقدر الأمانة، كجناية الوديعة على المستودِع، كذا في «الاختيار».

❊ ❊ ❊

---

(١) حال.

(٢) حال.

كتاب القسمة

وهي جمع النصيب الشائع في معين، وهي اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء.

وتثبت:

١ - بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةُۢ بَيْنَهُمْ﴾[١] أي غيرُ شائع ولا مشتركٌ، بل لهم يومٌ، وللناقة يومٌ.

٢ - وبالسُّنة؛ لأنه ﷺ بَاشَرَهَا في المغانِم والمواريثِ.

٣ - وعليه انعقد الإجماعُ.

(معنى الإفراز فيما لا يَتَفَاوتُ، كالمكيلِ والموزونِ) وسائرِ المثليات **(فيها)** أي في القسمةِ: **(أَظْهَرُ)** أي أَغْلَبُ، حتى كان لكل واحد أن يأخذَ نصيبَه بغير رضا صاحبه، ومع غيبته، ويَبيعَه مرابحةً، ويُوَلِّيَه على نصف الثمن. ولا يَخلو عن معنى المبادلة أيضاً؛ لأن ما حَصَلَ له كان له بعضه، وبعضه لشريكه إلا أنه جُعِلَ وصولُ مثل حقه إليه، كوصول عَينِ حقه لعدم التفاوت.

(ومعنى المبادلةِ فيما يَتفاوتُ، كالحيوانِ والعقارِ) وكل ما ليس بمثلي **(فيها)** أي في القسمة: **(أَظْهَرُ)** حتى لا يكونُ لأحدِهما أخذَ نصيبه مع غيبة الآخرِ. ولو اقتسما، فليس له بيعُه مرابحةً؛ لأن ما أخذُ ليس بمثلٍ لِمَا ترك على صاحبه.

(ويثبتُ فيها) أي في القسمةِ **(من الخيارات)**[٢] الثلاثِ **(ما يثبتُ في البيع)**؛ لأنها في معنى البيع[٣].

---

(١) سورة القمر: ٢٨.

(٢) وهي خيار الشرط، والعيب، والرؤية.

(٣) وهو المبادلة.

(وإذا طلب أحدُ الشريكين القسمةَ، والجنسُ) الواو للحال، أي والحال أن الجنسَ **(متَّحدٌ)** كالإبلِ، والبقرِ، والغنمِ **(أَجْبَرَ القاضي)** الشريكَ **(الآخرَ)** لأجل القسمةِ تتميماً للمنفعةِ، وتكميلاً لثمرةِ الْمِلكِ. **(ولا يُجْبِرُهُ)** أي لا يُجْبِرُ القاضي الشريكَ الآخرَ **(عند اختلافه)** أي اختلافِ الجنسِ كالحيوانِ مع العقارِ، أو البقرِ مع الخيلِ ونحوِ ذلك، لتعذرِ المعادلةِ فيه للتفاوتِ الفاحشِ بينهما في المقصودِ. وكذلك الثيابُ إذا اختلفت أَجْنَاسُهَا، أو اختَلَفَت قيمتها.

(ولو اقتَسَمُوا) أي الشركاءُ **(بأنفسِهم: جاز)**؛ لأنه بيعٌ، ولهم ذلك، إلا إذا كان فيهم صغير لا يجوز؛ لأنه تصرفه لا ينفذ، ولا ولايةَ لهم عليه، فيُحتاجُ إلى القاضي.

(ويَقْسِمُ على الصبيِّ وصيُّه، أو وليُّه) كالبيع وسائر التصرفات. فإن لم يكن[1] نَصَبَ القاضي له من يَقْسِمُ.

(وينبغي للقاضي أن يَنصِبَ قاسماً) للناس يَقْسِمُ بينهم **(عَدْلاً، مأموناً)** ليثبتَ الاعتمادُ على قوله **(عالماً بالقِسْمة)**؛ لأن مَن لا يعلمها لا يقدر عليها **(يَرْزُقُهُ من بيت المال)**؛ لأن القسمةَ شبيهةٌ بالقضاء في قَطعِ المنازعة فيُرزَق منه، كما يُرزَقُ القاضي، وليس بقضاءٍ حقيقةً؛ لأن مباشرَتها ليست بفرض على القاضي، ومباشرةُ القضاءِ فرض عليه، حتى جاز للقاضي أن يأخذَ الأجرَ على القسمة، ولم يجز على القضاء، إلا أن القسمةَ لها شِبه بالقضاء من حيث إنها تُسْتَفَادُ بولاية القضاء، حتى مَلك القاضي جبراً للآبي، ولم يملك الأجنبيُّ. ومن هذه الجهةِ يُستحب ألا يأخذَ الأَجرَ عليها، كذا في «الكفاية».

(أو يُقَدِّرُ له) أي يقدِّرُ القاضي للقاسم **(أجراً)** كيلا يتحكم عليهم بالزيادةِ

(١) أي الوصي والولي.

(يأخذُه من المتقاسِـمِين)؛ لأنه يَعمَل لهم **(وهو على عدد رؤوسهم)** أي أَجرُ القَسَّامِ يجب على عدد رؤوس المتقاسمين.

وقالا: على قدر الأَنْصِبَاء، حتى لو كان المالُ بين ثلاثةٍ لأحدِهم سدسه، وللآخَرِ ثلثه، وللآخرِ نصفه، فالأجرةُ عليهم يكونُ أثلاثاً على قَدرِ رؤوسهم.

وعندهما: أَسْدَاساً على قدر أنصبائِهم.

قيدنا بـ«أجر القسام»؛ لأن أجرَ الكيَّال والوزَّان يكون بقدر الأنصباء اتفاقاً، وكذا سائر المؤن، كأجر الراعي، والحمل، والحفظ، ونحوِها[1].

لهما: أن الأجرة مؤنةُ الملك، فتُقَدَّرُ بقدره كأجرة الكيَّال، ونفقةِ العبدِ المشترَك.

ولأبي حنيفة: أن القِسمةَ تمييزُ الأنصباءِ، والأجرةَ تكونُ مؤنةَ التمييزِ، وهذا عَمَلٌ لا تَفَاوُتَ فيه، فإن تمييزَ الأقل من الأكثر كتمييزِ الأكثرِ من الأقل، بخلاف أجرةِ الكيَّال؛ لأن الأَجرَ فيه مقابل بعمل الكيلِ، وهو متفاوِت.

وروي عن أبي حنيفة: أن الأَجرَ على الطالب؛ لأنه هو المنتفِعُ به دون الممتنِع، لتضرره به، كذا في «الاختيار».

(ولا يُجْبِرُ) القاضي **(الناسَ على)** قاسمٍ **(واحدٍ)** إذا لم يُقَدِّر أجرةً؛ لأنه لو تَعَيَّنَ لتحكم بالزيادةِ على أَجرِ مِثله، ويكونُ ضرراً بهم.

(ولا يَتْرُكُ) القاضي **(القُسَّامَ)** بالضم جمع قاسم، كنُصار جمع ناصر **(يَشتركون)** في الأجرة كيلا يَتَوَاضَعُوا[2] على تكثير الأَجرِ، فيؤدِّي إلى إضرار الناس، وإذا لم يَشتركوا يتسارعون إلى القسمة بالأجرِ اليسيرِ حذراً عن الفوت، فيَرخُصُ الأَجرُ.

---

(١) كحافر بئر مشتركة.

(٢) أي لا يتوافقوا.

(**جماعةٌ في أيديهم عقارٌ**) وهو مَا لَهُ أصل وقرارٌ، مِثْلُ الأرضِ والدارِ (**طلبوا من القاضي قِسمتَه، وادَّعَوْا أَنه ميراثٌ**) بينهم من فلان (**لم يَقسِمْه**) القاضي (**حتى يُقيموا البينةَ على الوفاةِ**) أي وفاةِ الْـمُورِثِ (**وعددِ الورثةِ**) أي عددِ ورثته عند أبي حنيفة.

(**وفي غير العقارِ: يَقْسِمُهُ بقولهم**) اتفاقاً.

وقالا: يَقسم[1] العقارَ باعترافهم، ويكتب في صَكِّهِ أنه قَسَمَها باعترافهم ليُعلَمَ أن حُكمَ القسمة مقتصر عليهم، غير متعدٍّ إلى شريك آخَرَ لو ظَهَرَ، ولا يَعتِق أمهاتُ أولاده[2]، ومدبروه، لعدم ثبوتِ موته في حقهم، كما يَقسِم بقولهم في غير العقار.

وله: أن التركةَ قبل القسمةِ مُبْقَاةٌ على ملك الميت، حتى لو حَدَثَ الزيادةُ تُقْضَى ديونه منها، وبالقسمةِ يَنقطعُ حَقُّ الميت حتى لا يَثبتُ حقه في الزوائدِ، وكان القسمةُ قضاءً على الميت بإقرارهم، وأنه لا يجوز؛ لأن الإقرارَ حُجةٌ قاصرةٌ لا يتعَدَّى إلى غيرِ الْمُقِرِّ، ولا بد من إقامةِ البينةِ، حتى يكونَ حُجةً على الميت، بخلاف المنقولِ؛ لأنه يُخشَى عليه التَّلَفُ، وقسمتُه ليكونَ مَحفُوظاً ومَضموناً على القابض، والقاضي نُصب ناظراً، فيَقسِمه. والعقارُ محفوظٌ وغيرُ مضمونٍ على القابضِ، فلا حاجةَ إلى القسمةِ.

(**وإن ادعوا في العقار الشراءَ**) أو ادعوا (**مطلَقَ الْمِلكِ**) ولم يبينوا كيفيةَ انتقالِهِ إليه: (**قَسَمَه**) القاضي (**باعترافهم**) اتفاقاً؛ لأنه في الأولِ[3] زال المبيعُ عن مِلك البائع قبل القسمةِ، ولا يمكن إبقاؤه، فلم يكن القسمةُ على الغيرِ، وفي الثاني[4]

---

(١) قاضٍ.

(٢) مورث.

(٣) أي في ادعائهم الشراء.

(٤) أي في ادعائهم مطلق الملك.

ليس في القسمةِ قضاءٌ على الغيرِ، فإنهم لم يُقِرُّوا بالملك لغيرهم، فيكونُ[1] مقتصَراً عليهم.

وفي «الجامع الصغير»: شُرِطَ إقامةُ البينة عند الإطلاق؛ لأن قسمةَ الحِفظِ لا يَحتاج إليها في العقار، وقسمةُ الملكِ تفتقرُ إلى ثبوته، فاحتاج إلى البينةِ.

(**فإن حضر وارثان**) وفي يدهما عقار، وادعيا أنهما وَرِثاه، (**فأقاما البينةَ على الوفاةِ، وعددِ الورثةِ، ومعهما**) أي والحالُ أن معهما (**وارثٌ غائبٌ قَسَمَه**) القاضي (**بينهم**) ونَصَبَ عن الغائب من يَقبِضُ نصيبَه؛ لأن في ذلك نظراً له. وكذا لو كان في الورثة صغير، والدارُ في أيدي الكبار يَقسِمه بطلبهم، ويَعزِلُ نصيبَه، ويَنصِبُ من يَقبِضه، وهو الوكيل عن الغائب، والوصي للصبي، (**إلا أن يكونَ العقارُ في يد الغائبِ**) أو الصبي، فلا بد من حضورِهم، لئلا يكونَ قضاءً على الغائبِ والصبيِّ.

(**وفي الشراء: لا يَقسمُه حتى يحضرَ الجميعُ**) والفَرقُ أن مِلكَ الإرثِ مِلكُ خلافةً عن مورثه، ولهذا يَـرُدُّ على بائع مورثه إذا وَجَدَ ما وَرِثَه مَعيباً فيما اشتراه المورِث، فيُنصَبُ أحدُهما خصماً عن الميت فيما في يده، والآخَرُ خصم عن نفسه، فكانت القسمةُ قضاءً على الخصمين الحاضِرَيْنِ فَصَحَّتْ[2]، ومِلكُ الشراء مِلك جديد، ولهذا لا يرد على بائع بائعِهِ إذا وَجَدَه معيباً، فلا يَنتصبُ الحاضرُ خصماً عن الغائبِ، وكانت البينةُ في حق الغائب قائمةً بلا خصم، فلا تُقبَلُ.

(**وإن حضر وارثٌ واحدٌ لم يَقْسم**)؛ لأنه لا بد من حضور خصمين.

(**وإذا طلب أحدُ الشركاءِ القسمةَ، وكلٌّ منهم يَنتفعُ بنصيبه: قَسَمَه**) القاضي (**بينهم**)؛ لأن في تلك القسمة تكميلَ المنفعةِ، فيُجِيبُه القاضي، (**وإن كانوا يَستضرُّون**)

---

(١) إقرارهم.

(٢) قسمة.

مِثْلُ الرَّحَى والحمام: (**لا يَقسِم**) القاضي وإن[١] طَلَبُوا القِسمة (**إلا برضاء الكلِّ**)؛ لأنها لتكميل المنفعةِ، وفي هذا التقسيم تفوِيتُها، بل اشتغالٌ بما يضر. ويجوز قسمتهم بالتراضي؛ لأن الحق لهم، وهم أعرَفُ بحاجتهم، ولا يَمنعهم القاضي من ذلك.

(**وإن كان يَنتفعُ أحدُهما**) بنصيبه، ويَستَضِرُّ الآخَرُ (**قَسَمَ**) القاضي (**بطلبه**) أي بطلب المنتفِع؛ لأن القاضي نُصِبَ لإيصالِ الحقِّ إلى مستحقِّه، فلا يُعْتَبَرُ تضرُّرُ الآخرِ؛ لأنه من قِلةِ نصيبه، لا[٢] من صاحب الكثير، وإن طَلَبَ الآخَرُ، ذَكَرَ الكرخي: أنه لا يُقسَم؛ لأنه مُتَعَنِّت لا مُتظلم.

وذكر الحاكم في «مختصره»: أنه يُقسَم أيهما طَلَبَ، وهو الأصحُّ؛ لأن الامتناعَ إنما كان للضرر، ولا اعتبارَ له مع الرضا، كما إذا اقتسما بأنفسهما، كذا في «الاختيار».

(**ولا يَقسِم**) القاضي (**الجوهرَ، والرقيقَ، والحَمَّامَ، والحائطَ، والبئرَ**) بين دارين (**والرَّحَى إلا بتراضيهم**) وكذا كل ما في قسمتِه ضرر كالبيتِ الصغيرِ، والبابِ، والخشبةِ، والقميصِ، لما سبق بيانُ دليله في قوله: «وإن كانوا يستضرون».

وقالا: يَقسِم الرقيقَ بطلب أحدِهما. هذا إذا كان وحدهم، وليس معهم شيء آخَرُ من العروض؛ لأنهم إذا كان معهم شيء آخَرُ مما يُقسَم جازت القسمةُ فيهم تَبَعاً لغيرهم اتفاقاً، وفيما إذا كانوا ذكوراً فقط، أو إناثاً فقط؛ لأنهم إذا كانوا ذكوراً وإناثاً المختلطَين لا يُقسَم اتفاقاً؛ لأنهم جنسان لاختلاف المقاصد، حتى لو اشترى على أنه عبد، فظَهَرَ أمةً لم يَنْعَقِد البيعُ.

---

(١) وصل.
(٢) أي لا يضرر من صاحب الكثير.

لهما: أن الجنسَ متحد، والتفاوتُ في القيمة لا يمنعُ صحةَ القسمةِ، كما صَحَّتْ في الإبلِ، والغنمِ، ورقيقِ المغنم.

ولأبي حنيفة: أن التفاوتَ فاحشةٌ من جهةِ الأَغْراضِ والمعاني الباطنةِ كالفَهْمِ والكِيَاسَةِ، فالتَحَقَ بالأَجْنَاسِ المختلفةِ، فلا يُقسَم.

وأما رقيقُ المغنم، فإن حقَّ الغانمين في المالية، ولهذا جاز للإمام بَيعُهَا وقسمةُ ثمنها، وهنا الحقُّ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ والمالِ فافترقا.

(ويَقسِمُ) القاضي **(كلَّ واحدٍ من الدُّورِ، والأراضي، والحوانيت وحدَه)**؛ لأنها أَجناس مختلفة نظراً إلى اختلافِ المقاصدِ، وإن كانت دورٌ مشتركةٌ في مصر واحدٍ، أو أراضٍ متفرقةٌ قَسَمَ كلَّ دارٍ وأرضٍ على حِدَتِها عند أبي حنيفة.

وقالا: يَقسِمُ بعضَها في بعضٍ إن كان أَصْلَح؛ لأنها جنس واحد صورةً ومعنًى نظراً إلى المقصودِ، وهو أصلُ السُّكنى والزرعُ، وهي أجناسٌ معنًى نظراً إلى وجوه السكنى واختلافِ الزروعِ، فكان مفوَّضاً إلى نظر القاضي يَعْمَلُ بما يترجح عنده.

وله: أنه لا يمكن التَّعدِيلُ فيها لكونها مختلفةً باختلاف البُلدانِ والجِوَارِ والقُربِ من المسجدِ والماءِ وصَلاَحيتها للزراعة. ولو كانت داران في مصرين قَسَمَ كلَّ واحدة وحدها بالإجماع.

(ويَقسِم) القاضي **(البيوتَ قسمةً واحدةً)** لقلةِ التفاوتِ، والْمَنَازِلُ المتلازقةُ كالبيوتِ، والمتَبَاينَةُ كالدورِ. وإذا قُسِمت الدارُ تُقسَمُ العَرصَةُ بالذراع، والبناءُ بالقيمةِ. ولو اختلفا؟

فقال بعضُهم: يُجعَلُ قيمةُ البناءِ بذرع من الأرض.

وقال الآخرُ: بالدراهم، فالأول أولى؛ لأنه إنما يُقسَم الميراثُ والدراهمُ

ليس من الميراث، إلا إذا تَعَذَّرَ بأن يكون قيمةُ البناء أَضْعَافَ قيمةِ الأرضِ، أو يَقَع لأحدِهما جميعُ البناءِ، فيُجْعَلُ القسمةُ في البناء على الدراهم؛ لأنه تَثبت له القسمةُ، فيتعدى إلى ما لا يَتَأَتَّى[1] إلا به، وهذا مروي عن محمد.

وعن أبي يوسف: يُقسَم الكلُّ باعتبار القيمةِ، لتعذر التعديلِ إلا بالقيمةِ.

وعن أبي حنيفة: أنه يَقسِم الأرضَ بالْمِسَاحَةِ على الأصل في الممسوحات، فمن كان نصيبُه أَجْوَدَ، أو وقع له البناءُ يَـرُدُّ على الآخرِ دراهمَ حتى يساويه، فيُدخِل الدراهمَ في القسمةِ ضرورةً.

وقولُ محمدٍ أحسنُ وأوفقُ للأصول.

ولو اختلفوا في الطريق؟

فقـال بعـضهم: يُـرفَعُ طريـق بيننا، وامتنع الآخَرُ، فإن كان يَستقيمُ لكل واحد طريق في نصيبه قُسِم بينهم بغير طريق، وإن كان لا يَستقيم رُفع بينهم طريق، ولا يُلْتَفَتُ إلى الممتنع؛ لأنه تكميلُ المنفعةِ وتوفيرُها، ويجعل الطريقُ على عَرضِ باب الدار؛ لأن الحاجة تندفع به، وهو على ما كان عليه من الشركة.

وطريقُ الأرضِ قدرُ ما تمر فيه بَقَرُ الحراثةِ؛ لأنه لابد من الزرع.

ولو وقعت شجرة في نصيب أحدِهما أغصانُهَا متدليةٌ في نصيب الآخَرِ.

روى ابنُ رستم عن محمد: له أن يُجْبِرَهُ على قَطعها.

وروى ابنُ سماعةَ: لا يُجبِره؛ لأنه استحق الشجرةَ بأغصانها، وعليه الفتوى.

ولأحد الشريكين أن يجعَلَ في نصيبه بئراً وبالوعةً وتَنُّوراً وحمَّاماً وإن[2] كان يضر بحائطِ جاره.

---

(١) وهو الدراهم.

(٢) وصل.

وله: أن يَسُدَّ كَوَّةَ الآخَرِ؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه، فلا يكون متعدياً وضَرَرُ الجار حَصَلَ ضِمْناً، فلا يضمن. وكذلك لصاحب الحائطِ أن يَفتَح فيه باباً وإن[١] تَأَذَّى جاره لما ذكرنا، والكَفُّ عما يؤذي الجارَ أحسن، كذا في «الاختيار».

(**ويَقْسِمُ**) القاضي (**سَهْمَيْنِ من العُلْوِ بسهمٍ من السُّفْلِ**) وعند أبي يوسف: يقسم سهماً من علو بسهم من سفل.

(**وقال محمدٌ: يَقسِم بالقيمةِ**) صورته: سفل له علو، وسفل لا علو له، وعلو مجرد لا سفل له قُوِّمَ كلُّ واحد على حِدَةٍ، وقُسِمَ بالقيمةِ عند محمد.

(**وعليه الفتوى**) وجه قول أبي حنيفة: أن العلو يفوت بفوات السفل، ولا يفوت السفلُ بفواته، فيكون منفعة السفل ضعفَ منفعةِ العلوِ.

وجه قول أبي يوسف: أن المقصودَ منهما السكنى، وهما مستويان فيه.

وجه قول محمد: أن منفعةَ العلوِ والسفل متفاوتةٌ بِحَسَبِ الأَوْقَاتِ.

وفي الصيف يُختَارُ العلوُ، وفي الشتاء يُخْتَارُ السفلُ، ولا يمكن التعديلُ، فيُقْسَمُ بالقيمةِ.

ثم قيل: أبو حنيفة بَنَى على أصله أَنْ ليس لصاحب العلو أن يَبْنِيَ على علوه، إلا برضاء صاحبه.

وعندهما: يجوز.

وقيل: أجاب على عادة أهل الكوفة في اختيارهم السفلَ على العلو.

(**ولا يُدْخِلُ**) القاضي (**الدراهمَ في القِسمةِ**) أي في قسمة العقار مثلاً إذا قال

---

(١) وصل.

أحدُهم: أنا أُعطِي لقيمة البناء الدراهمَ لا يَقسِم كذا جبراً، بل يَجْعَلُ لقيمتِهِ ذراعاً من العَرصَةِ (**إلا بتراضيهم**) أي بتراضي المتقاسمين؛ لأن القِسمةَ في المشترَك، ولا شركةَ في الدراهم، فإذا رضيا جاز، لما بينا.

❊ ❊ ❊

فصل [فيما يفعله القاسم]

(يَنبغي للقاسم أن يُقْرِعَ بينهم) أي يكتب أسماءَهم ليتطيب قلوبُهم، ويَزُولَ عن القاسم تهمةُ الميلِ لأحدهم. ولو قسَم بلا قُرعة جاز؛ لأن القسمةَ في معنى القضاءِ، فيَملك القاسمُ الإلزامَ.

(فمن خرج اسمُه على سهمٍ: أَخَذَه) وذلك بعد أن يُصوِّر[١] ما يَقسمه ليتمكن من حفظه، ويُسَوِّيَه على سهام القسمةِ، ويَذرَعَه لِيَعْرِفَ مِقْدَارَه، ويُقَوِّمَ بناءَه؛ لأن التقويمَ محتاج إليه في الآخرةِ، ويُفْرِزَ كلَّ نصيب بطريقه وشِربه لِيَنقطعَ تعلقه بالآخرِ، ويَرْتَفِعَ المنازعةُ، ويُلَقِّبَ نصيباً بالأول، والنصيبَ الآخَرَ بالثاني، والآخَرَ بالثالث، وعلى هذا.

وكيفيتُهُ: أن يَنظرَ إلى أقل الأنصباء فيقدِّرَ به أَجْزَاءَ السهام، مثلاً إذا كان العقارُ مشترَكاً بين ثلاثةٍ لأحدِهم النصفُ، وللآخَرِ الثلثُ، وللآخَرِ السدسُ جَعَلَه أسداساً؛ لأن السدسَ أقلُّ، فيكونُ لصاحب النصف ثلاثة أسداس، ولصاحب الثلث سدسان، ولصاحب السدس سدس، ويَكْتُبَ أسماءَ أصحابِ السهام، ويجعَلَها قُرْعَةً تطيباً للقلوب، فمن خرج اسمه أوَّلاً يَدفع السَّهمَ الأولَ، فإن بقي من نصيبه شيء يُتِمُّ من البواقي ليكونَ متصلاً، ثم يجعَلَ بين البقية كذلك، ويُعَيِّنَ الباقيَ للباقي. ولو عَيَّنَ لكل واحد نصيباً من غيرِ قُرعةٍ جاز؛ لأن القسمةَ في معنى القضاء، فيصحُّ إلزامُه، كما مر.

(وليس لأحدهم الرجوعُ إذا قَسَمَ القاضي، أو نائبُه)؛ لأنها صَدَرَت عن ولايةٍ تامةٍ، فلزمت كالقضاء. وكذلك ليس له ذلك إذا خرج بعضُ السهام، فكما لا يُلْتَفَتُ إلى إبائه قبل القسمةِ لا يُلْتَفَتُ إلى رجوعه بعدها.

---

(١) أي يصوره على قرطاس ليرافع ذلك القرطاس إلى القاضي ليقرع بينهم بنفسه إن لم يأمره بالإقراع.

وقيل: يصح رجوعه إذا خَرَجَ بعضُ السهام، إلا إذا بقي سهم واحد[١] لتعينه للباقي، كذا في «الاختيار».

(فإن كان في نصيبِ أحدِهم مَسِيلٌ، أو طريقٌ لغيره لم يُشْتَـرَطْ) في القِسمةِ ذلك: (فإن أمكن صَرْفُه عنه) أي صَرْفُ المسيل، أو الطريقِ عن مِلكه (صَرَفَه وإلا) أي إن لم يكن صرفه (فُسِخَتِ القسمةُ)؛ لأن المقصودَ منها تكميلُ التمييزِ، وقَطعُ تعلقِ كل منهم بنصيب غيره، وإذا لم يحصُل تَعَيَّنَ الفَسْخُ.

قيد بقوله: «لم يُشترط»؛ لأنهم لو شَرَطُوا في القسمة أن ما أصاب كلَّ واحدٍ، فهو له بحقوقه لا تُفْسَخُ القِسمةُ، وتُرِكَ الطريقُ والْمَسِيلُ على حاله؛ لأنه يكون حقّاً له في نصيب الآخر.

(وإذا أَشْهَدُوا عليهم) أي أَقَـرُّوا على أنفسهم بالاستيفاء (ثم ادعى أحدُهم أن من نصيبِه شيئاً في يد صاحبه: لم تُقْبَلْ) دعواه؛ لأنه يريد فسخ القسمة بعد وقوعها، فلا يصدَّق (إلا ببينة) على أنه في يد الآخر، فإن لم يقم بينةً استُحْلِفَ شريكُه الآخَرُ، فإن نكل جُمِعَ بين نصيبه ونصيب المدعي، فيُقسَم بينهما على قدر نصيبهما.

وقيل: لا تُقبل دعواه للتناقض، كذا في «الاختيار».

وفي «التبيين»: لو ظهر غبنٌ فاحشٌ في القسمةِ يُنْظَـرُ:

إن كانت[٢] بقضاء القاضي تُفْسَخُ؛ لأن تَصَرُّفَه مُقَيد بالعَدْل ولم يوجَد.

وإن كانت بالتراضي، فقيل: لا يُلْتَفَتُ إلى قول من يدعي الغبنَ لوجود التراضي، كما في البيع، وقيل: تُفسخ، وهو الصحيح؛ لأن شرطَ جَوَازِ القِسمةِ هو الْمُعَادَلَةُ، فإذا

---

(١) فلا يصح رجوعه.

(٢) قسمة.

ظهَر غبنٌ فاحشٌ في القيمةِ، فقد فَاتَ شَرطه، فيجب نقضها، بخلاف البيع؛ لأنه غيرُ مَبني[١] على المعادلة.

(**وتُقبلُ شهادةُ القاسمين على ذلك**) أي على الاستيفاء.

وقال محمد: لا تُقبل؛ لأنها شهادةٌ على فعل أنفسهما معنًى، فلا تقبل.

ولهما: أنهما شهدا على فعل غيرِهما، وهو القبض لا على فعل أنفسهما، وهو التمييز.

قيل: هذا إذا اقتسما بلا أجر؛ إذ لو اقتسما به لا تقبل شهادتهما اتفاقاً؛ لأنهما يدعيان إيفاء ما استؤجِرا عليه من العمل، والأصح أنها تقبل مطلقاً؛ لأنهما عدلان، ولهذا أَطْلَقَ في المتن لفظَ القاسمين.

(**وإن قال**[٢]**: قبضْتُه، ثم أَخَذَه مني: فبَيِّنَتُه، أو يمينُ خَصْمِه**) كسائر الدعاوى.

(**وإن قال ذلك**) يعني قولَه إن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه (**قبلَ الإِشهادِ**) بالاستيفاء (**تَحَالَفَا، وفُسِخَتِ القسمةُ**) وكذا إذا قال: لم يسلم إلى بعضُ نصيبي، ولم يشهد[٣] بالاستيفاء؛ لأنهما اختلفا في مقدار ما حصَل له بالقسمة، فصار كالاختلافِ في مقدار المبيع.

(**وإن استُحِقَّ بعضُ نصيبِ أحدِهما**) يعني إذا استحق نصفُ نصيبِ أحدِهما مثلاً (**رَجَعَ في نصيبِ صاحبِه بقِسطه**) أي بنصف النصف، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه لو استحق كل ما في يده يرجع بنصف ما في يد شريكه، فإذا استحق نصفه يرجع بنصف ذلك اعتباراً للجزء بالكل.

---

(١) بل هو مبني على المماكسة.

(٢) مدعي.

(٣) حال.

وقالا: تُفسَخ القسمةُ؛ لأنه بالاستحقاق ظهَر شريك آخَرُ والقسمةُ بدونه لا تصح فتُفْسَخُ، كما إذا استُحِقَّ نصفُ الدارِ في كلها تَبطل القسمةُ.

وجوابها: أن الاستحقاق في معنى البيع واستحقاقُ بعضِ المبيع لا يُبطِلُ البيعَ فيما بقي، بل يثبت الخيارُ للمشتري إن شاء نَقَضَ البيعَ في الباقي، وإن شاء رَجَعَ بعوض المستحق، فكذا في القسمة.

وقيل: إن محمداً مع أبي حنيفة، وهو الأصح.

❊ ❊ ❊

فصل [في المهايأة]

(الْمُهَايَأَةُ) وهي المناوبة في الانتفاع **(جائزةٌ استحساناً)** والقياسُ عَدَمُ جوازِها؛ لأنها مبادلةُ المنفعةِ بجنسها نسيئةً لتأخر حق أحدهما، إلا أنه استحسن الجوازُ للحاجة إليها؛ إذ قد يتعذرُ الاجتماعُ على الانتفاعِ، فأشبه القسمةَ، ولهذا يَجْرِي فيها جَبْرُ القاضي، كما يَجْرِي في القسمةِ إلا أن القِسمةَ أقوى منها في استكمال المنفعةِ؛ لأنه جَمْعُ المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمعٌ على التعاقب، ولهذا لو طلب أحدُهما القسمةَ، والآخَرُ المهايأة يَقسِم القاضي؛ لأنه أبلغُ في التكميل، كذا في «الهداية».

(ولا تَبطل) المهايأةُ **(بموتهما، ولا بموتِ أحدِهما)**؛ لأنه لو انتقضَ لاسْتَأْنَفَهُ الحاكمُ، فلا فائدةَ في النَّقْضِ، ثم الاستئنافِ.

(ولو طلب أحدُهما القسمةَ) فيما يحتمل القسمة **(بطلت)** المهايأة؛ لأن القسمةَ أبلغُ في استكمال المنفعةِ، كما بينا.

(وتجوز) المهايأةُ **(في دارٍ واحدةٍ، بأن يَسكُنَ كلُّ واحدٍ منهما طائفةً)** أو يَسْكُنَ **(أحدُهما العلوَ، والآخَرُ السفلَ)**؛ لأن القسمةَ على هذا الوجهِ جائزةٌ، فكذا المهايأة. والتهايؤ في هذا الوجه إفراز بجميع الأنصباء لا مبادلةٌ، ولهذا لا يُشترط فيه التَّأْقِيتُ.

(وله إجارته) أي ولكل واحد منهما إجارةُ ما أصابه **(وأَخْذُ غَلَّتِه)** يعني أجرتَه شُرِطَ ذلك في العقدِ أو لم يُشتَـرَط؛ لأنها قسمةُ المنافعِ، وقد مَلكها، فله استِغْلاَلُها.

وفي «الاختيار»: ولو تهايأا في دارين على أن يَسْكُنَ كلُّ واحد منهما داراً جاز جبراً واختياراً، وهذا عندهما ظاهر اعتباراً بقسمة الأصل.

أما عنده: قيل: لا يجوز اعتباراً بالقسمة.

وقيل: لا يجوز أصلاً؛ لأنه بيعُ السكنى بالسكنى، بخلاف القسمة؛ لأنه بيع بعض إحداهما ببعض الأخرى، وأنه جائزٌ.

وقيل: يجوز مطلقاً لقلة التفاوت في المنافع، ويكون إفرازاً.

(ويجوز) المهايأةُ (**في عبدٍ واحدٍ، يَخْدُمُ هذا يوماً، وهذا يوماً**).

(**وكذا**) تجوز المهايأة (**في البيت الصغير**) بأن يسكن هذا شهراً مثلاً، وهذا شهراً؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان استيفاءً للمنفعة بقدر الإمكان، وقد تَعَذَّرَ المكانُ، فَتَعَيَّنَ الزمانُ.

(**وفي عبدين**) أي وكذا تجوز المهايأة في عبدين (**يَخْدُمُ كلُّ واحدٍ**) من العبدين (**واحداً**) من الشريكين، ولا إشكالَ على أصلهما؛ لأن عندهما تجوز قسمةُ الرقيق جَبْراً واختياراً، فكذا منفعتهم.

وأما عند أبي حنيفة: فالقياسُ على عدم جوازِ القسمة يمنع الجوازَ، لكنَّ الصحيحَ الجوازُ، لقلة التفاوتِ في الخِدمةِ، ولا كذلك في الأَعيانِ؛ لأنها تَتَفَاوَتُ تَفَاوُتاً فاحشاً.

(**فإن شَرَطَا طعامَ العبدِ على من يَخْدُمُه: جاز**) استحساناً للمسامحة في إطعام المماليك، ولقلة التفاوت، (**وفي الكِسوةِ**) أي وهذا الشرط في الكسوة (**لا يجوز**)؛ لأنه لا تَسَامُحَ فيها، ولكثرة التفاوت، فإن وقَّتا شيئاً من الكسوة معروفاً جاز استحساناً؛ لأن عند ذكر الوصف يَنْعَدِمُ التفاوتُ، أو يَقِلُّ، كذا في «الاختيار».

(**ولا يجوز**) المهايأةُ (**في غلَّةِ عبدٍ، ولا عبدين**) وقالا: يجوز في العبدين؛ لأن الغلة بَدَلُ المنفعةِ، فيجوز كالمنفعةِ، ولأن التفاوتَ في استغلال العبدين إذا استويا في الحرفةِ والمنفعةِ قليل.

وقيل: هذا بناءً على اختلافهم في القسمةِ، ولهذا لا يجوز في الواحد إجماعاً.

ولأبي حنيفة: أن الأجرةَ تجب بالعمل حتى لو سلَّمه، ولم يَعمل لا أجرَ له، فكان فيه خطر، ولأنه ربما لا يجد من يستأجره، فلا يقع المعادلةُ والتفاوتُ بينهما فاحش لتفاوتهما في الأمانةِ والهدايةِ إلى العمل، فتكون أجرته أكثر من الآخر، فلا يوجد المعادلةُ، والأصلُ في المهايأة أن يكون بالمعادلةِ.

(**ولا**) تجوز المهايأةُ (**في ثمرةِ الشجرِ، ولا في لبنِ الغنمِ، وأولادِها**)؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى، فيتعذرُ قسمتها، وهذه أعيان باقيةٌ يَرِدُ عليها القسمةُ، فلا ضرورةَ.

والحيلةُ في جوازها: أن يَبيعَ حصتَه من الآخَرِ، ثم يَشْتَرِي كلَّها بعد مُضِيِّ نَوْبَتِهِ، أو يَنْتَفِعَ باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه؛ إذ قَرْضُ المشاعِ جائزٌ، كذا في «الهداية».

(**ولا في ركوب دابةٍ، ولا دابتَيْنِ، ولا استغلالِـها**) بالجر، أي ولا في استغلالِ الدابة.

وعندهما: يجوز اعتباراً بقسمة الأَعيان.

ولأبي حنيفة: أن الاستعمالَ يتفاوَت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذِقٍ وأَخْرَقَ[1]، بخلاف العبدِ الواحدِ، فإنه يجوز التهايؤ فيه بالخدمة اتفاقاً؛ لأنه يَخْدُمُ باختياره، فلا يتحمل زيادة، والدابةُ يتحملها.

وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز.

---

(١) أحمق.

ووجه الفرق: أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاءِ، والاعتدالُ ثابتٌ في الحال، والظاهرُ بقاؤُه في العقار، وتغيره في الحيوانات لِتَوَالِي أَسْبَابِ التغير عليها، فتَفُوتُ الْمُعَادَلَةُ. وكذا يجوز على الاستغلال في الدارين في ظاهر الرواية لما بينا في الدار الواحدة.

ولو زادت الغَلَّةُ في نوبةِ أحدِهما على غلتها في نوبة الآخر في الدار الواحدة يَشْتَرِكَانِ في الزيادة ليتحقق التعديلُ، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستَغَلَّ أحدُهما في نَوبته زيادة؛ لأن التعديلَ فيما وَقَعَ عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافعُ، فلا يضره زيادةُ الاستغلالِ من بعدُ، بخلاف الدارين حيث لا يشتركان في فضل غلة أحدهما.

والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصولُ، فاعتُبر قرضاً، كأنه استقرض نصيبَ صاحبه، وجُعِلَ كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا يرد عليه حصته من الفضل، كذا في «الهداية».

(**ويجوز في عبدٍ، ودارٍ على السكنى، والخدمةِ**) أي تجوز المهايأة في خدمةِ عبدٍ وسكنى دارٍ بأن يَسْتَخْدِمَ أَحَدُهما العبدَ ويَسْكُنَ الآخَرُ في الدار؛ لأن المقصود منهما المنفعة، والتهايؤ فيها جائز عند اتحاد الجنس، فعند الاختلاف أولى.

(**وكذلك كلُّ مختلِفَي المنفعةِ**) كسكنى الدار، وزَرعِ الأرضِ. وكذا الحمام والدار؛ لأن كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقُها بالمهايأة.

* * *

كتاب أدب القاضي

الأدب هو التخلقُ بالأَخلاقِ الحميدةِ في معاشرةِ الناسِ ومعاملتِهم.

وأدبُ القاضي: التزامُه لما نَدَبَ إليه الشَّرْعُ من بَسْطِ العَدْلِ، ورَفْعِ الظلمِ، وتَرَكِ الميلِ، والمحافظةِ على حدودِ الشرعِ، والجريِ على سَنَنِ[1] السُّنة.

والقضاءُ عبارة عن الحكم لغةً، وعن الإلزامِ شريعةً.

(القضاءُ بالحقِّ من أقوى الفرائض، وأشرفِ العبادات)؛ لأنه ما من نبي من الأنبياء، إلا وأَمَرَه اللهُ تعالى بالقضاءِ، كما قال تعالى لنبينا ﷺ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[2]، وقال تعالى لداود عليه السلام: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾[3]، ولأن[4] فيه الأَمرَ بالمعروف، والنهي عن المنكرِ، وإظهارَ الحقِّ، وإنصافَ المظلومِ من الظالم، وإيصالَ الحق إلى مستحقه.

والقضاء على خمسة أوجه:

١ - واجب: وهو أن يَتعينَ له، ولا يوجَدَ من يَصْلُحُ غيرَه؛ لأنه إذا لم يَفعَل أَدَّى إلى تضييع الحكمِ.

٢ - ومستحب: وهو أن يوجدَ من يَصلح، لكن هو أصلَحَ وأقْوَمَ به.

٣- ومخير فيه: وهو أن يَسْتَوِيَ هو وغيرُه في الصلاحيةِ، والقيامِ به.

---

(١) طريق.

(٢) سورة المائدة: ٤٩.

(٣) سورة ص: ٢٦.

(٤) دليل ثاني.

٤- ومكروه: وهو أن يكونَ صالحاً للقضاء، لكن غيرُه أَقْوَمُ به وأَصْلَحُ.

٥- وحرام: وهو أن يَعْلَمَ من نفسه العَجزَ عنه، وعدمَ الإنصافِ فيه، لما يَعلم من باطنه من اتباع الهَوَى ما لا يَعرِفونه، فيَحْرُمُ عليه، ويكون رزقه، وكفايته، وكفايةُ أهلِهِ وأَعْوَانِهِ، ومن يَـمُونُهُ من بيت المال؛ لأنه مَـحبوس لحق العامة، فلولا الكفايةُ ربما طَمِعَ في أموال الناس، ولهذا قالوا: يستحب للإمامِ أن يُقَلِّدَ القضاءَ مَن له ثَرْوَة[1] لئلا يَطمَعَ في أموال الناس، وإن تَنَزَّهَ، فهو أفضل، كذا في «الاختيار».

(**والأَوْلَى**) بالقضاء (**أن يكون القاضي مجتهِداً**) وهو من يَحْوِي[2] علمَ الكتابِ[3]، ووجوهَ معانيه، وعِلمَ السُّنة[4] بطريقها، ومُتُونها، ووجوهِ معانيها، ويكونُ مُصِيباً في القياس عالماً بعُرفِ الناسِ، كذا في «الكفاية»؛ لأن الحادثةَ إذا وقعت يجب طَلَبُها من الكتاب، ثم من السُّنةِ، ثم من الإجماعِ، فإن لم يوجَد في شيء من ذلك استعمل الرأيَ والاجتهادَ، قال ﷺ: «القضاةُ ثلاثة: قاضيان في النار، وقاضٍ في الجنة. أما اللذان في النار: الجاهل والجائر. وأما الذي في الجنة: فالعالمُ العادلُ».

(**فإن لم يوجد**) المجتهدُ (**فيجب أن يكونَ**) القاضي (**من أهلِ الشهادةِ مَوثوقاً به**) أي مُحْكَماً ومُعْتَمَداً (**في دينِه، وأمانتِه، وعقلِه، وفهمِه عالماً بالفقهِ، والسُّنَّةِ، وكذلك الْمُفْتِي**).

أما أهليةُ الشهادة؛ لأن القضاءَ والشهادةَ كِلَيْهِمَا من باب الولاية، وهي تنفيذُ القولِ على الغير شَاءَ الغيرُ أو أَبَى، وكلُّ مَن كان مِن أهلِ الشهادةِ كان مِن أهلِ القضاءِ،

---

(١) أي مال كثير.

(٢) أي يحيط.

(٣) قرآن.

(٤) حديث.

ومن لا فلا. فلا يجوز ولايةُ الصبيِّ والمجنونِ والعبدِ؛ لأنه لا ولايةَ لهم، والأعمى؛ لأنه ليس من أهلِ الشهادةِ، ولوجودِ الالتباسِ عليه في الصَوْتِ وغيره، والأُطْرُوشُ يجوز ولايته؛ لأنه يُـفَـرِّقُ بين المدعِّي والمدعَى عليه، ويُـمَيِّـزُ بين الخصوم.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه لا يَسمَعُ الإقرارَ، فربما يُنكِرُ إذا استعاده، فيَضِيعُ حُقُوقُ الناسِ، والفاسقُ يجوز قضاؤه، كما تجوز شهادته. ولا ينبغي أن يُوَلَّى، كما لا ينبغي أن يعمل بشهادته.

وفي «النوادر» عن أصحابنا رحمهم الله: أنه لا يجوز قضاؤه[1]. ولو فَسَقَ بعد الولاية استحق العزلَ ولا يَنْعَزِلُ.

وقيل: يَنْعَزِلُ؛ لأن الذي وَلاَّه ما رضي به إلا عَدْلاً. وأما اشتراطُ دينِه وأمانتِه؛ لأنه يَتصرف في أموال الناس ودمائهم، ولا يُوثَقُ على ذلك مَن لا أمانَةَ له. وكذلك العَقْلُ؛ لأنه الأصلُ في الأمورِ الدينيةِ.

وأما الفهم[2]، فلِيَفْهَم مَعَانِي الكتاِب والحديثِ، وما يَرِدُ عليه من القضايا والدعاوى، وكُتُبِ القُضَاةِ وغيرِ ذلك.

وأما العلمُ بالفقهِ والسُّنةِ، فلأنه إذا لم يَعلم بذلك لا يَقدر على القضاء، ولا يَعلم كيف يَقْضِي.

وعن أبي يوسف: لَأَن يكونَ القاضي وَرِعاً أحبُّ إليَّ مِن أن يكونَ مجتهداً، وقال: إذا كان عالماً بالفرائض يكفي في جواز القضاء.

وقيل: يجوز تقليدُ الجاهلِ؛ لأنه يَقدر على القضاء بالاستفسار، خلافاً للشافعي.

له: أن الأمرَ بالقضاء يَستَدعي القدرةَ عليه، ولا قدرةَ دون العلم. وينبغي

---

(١) فاسق.

(٢) فإن قيل: ما الفرق بين الذهن والفهم؟ أجيب: الذهنُ القابلية والفهم الإدراك.

للمقلدِ أن يَختارَ مَن هو الأَقْدَرُ والأَوْلَى؛ لقوله ﷺ: «من قَلَّدَ إنساناً عملاً، وفي[(١)] رَعيته، من هو أَوْلَى منه، فقد خان اللهَ، ورسولَه، وجماعةَ المسلمين».

وكذا المفتي؛ لأن الناسَ يَـرجعون إلى فتواه في حوادثهم، ويَـقْتَدُون به، ويعتمدون قولَه، فينبغي أن يكونَ بهذه الأوصافِ، والفاسقُ لا يَصْلُحُ أن يكون مفتياً؛ لأنه لا يُقْبَلُ قولُه في أخبار الديانات. وقيل: يصلح؛ لأنه يَتَحَرَّزُ لئلا يُنْسَبَ إلى الخطأ.

(**ولا يَطْلُبُ الولايةَ**) لقوله ﷺ: «من سأل القضاءَ وُكِّلَ إلى نفسه، ومن لم يسأله يَنْزِلُ عليه مَلَكٌ يُسَدِّدُه» أي يُلْهِمُهُ الرُشدَ، ويُوقِفه الصوابَ.

(**ويُكرهُ الدخولُ فيه**) أي في القضاء (**لمن يخافُ العجزَ عن القيامِ به**) والحَيفَ فيه باختياره، لقوله ﷺ: «من جُعِلَ قاضياً، فكأنما ذُبح بغير سكين».

وقيل: معناه إذا طَلَبَ.

وقيل: إذا لم يكن أهلاً.

وجه الشبه: أن السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين، وهو الخَنِقُ يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر؛ لأنه جَاهٌ[(٢)]، وفي باطنه هلاكٌ وتَباهٌ[(٣)].

(**ولا بأس به**) أي لا بأس بالدخول في القضاء (**لمن يَثِقُ من نفسه في أداءِ فرضِه**) أي فرضِ القضاءِ، لقوله ﷺ: «عدلُ ساعةٍ أفضلُ من عبادةِ سنةٍ»، وفي رواية: «من عبادة سنتين» إلا أن تركَه عزيمة؛ لأن القضاءَ أمر مَـخوف لا يَسلَم في بحره كلُّ سَامح[(٤)]، ولا يَنْجُو منه كلُّ طامِحٍ إلا مَنْ عَصَمَه اللهُ.

---

(١) حال.

(٢) الجاه القدر والمنزلة من «الصحاح».

(٣) كلاهما بمعنى واحد.

(٤) أي سائر في السهل.

(**ومن تَعَيَّنَ**) القضاء (**له يفتَـرَضُ عليه الولايةُ**)؛ لأنه لو تأخر مع تعينه تقدم من لا يَصلُح له، وفيه فسَاد عظيم، ودَفعه فرضٌ صيانةً لحقوق العباد، كما مر. ولو امتنعَ لا يُجبر عليه، كذا في «الاختيار».

(**ويجوز التقلدُ**) أي أخذُ القضاءِ (**من وُلاَةِ الجَوْرِ**) أي مِن الأُمَرَاء الظَّلَمَةِ؛ لأن الصحابة تَقَلَّدُوا القضاءَ من مُعَاوِيَةَ، والإمامُ الحقُّ كان علياً رضي الله عنهما. هذا إذا كان يمكنه أن يَقْضِيَ بالحق. وأما إذا كان الأميرُ الظالمُ مَنَعَه عن إقامةِ الحقِّ لا يجوز التقلدُ منه، لفواتِ المقصودِ من القضاءِ.

(**ويجوزُ قضاءُ المرأةِ فيما تُقبل شهادتُـها فيه**) إلا أنه يكره، لما فيه من محادثة الرجال، ومَبْنَى أَمْرِهن على الستر.

قيد بقوله: «فيما تُقبل»؛ لأن قضاءَها فيما لا تقبل شـهادتها فيه، كالحدودِ والقصاصِ لا يجوز.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنـه قال: لا يُتْرَكُ القَاضي على القضاء إلا حَولاً؛ لأنه إذا اشتغل بالقضاء نَسِيَ العلمَ، فيَعزِله السلطانُ بعد الحول، ويَسْتَبْدِلُ به حتى يَشْتَغِلَ بالدرسِ.

(**فإذا قُلِّدَ القضاءَ**) لشخص وثق الله تعالى، وآثر طاعته، وعمل لمعاده، وقَصَدَ إلى الحق بجهده فيما تقلده.

(**وطَلَبَ ديوانَ القاضي الذي قبـله**) وهـو الدفتر الذي تكتـب فيـه السجـلات (**ونَظَـرَ في خـرائـطه وسجـلاته**) الخـرائط جمع خريـطة، وهي الكيـس الذي فيه السجلات، والسجلات جمع سجل، وهو الذي يُكتب فيه حكم القاضي؛ لأنها وُضعت لتكونَ حجةً عند الحاجة.

(وعَمِلَ في الودائع، وارتفاعِ الوقوفِ) أي غلاتها (بما تَقُومُ به البينةُ)؛ لأنها حُجةٌ شرعيةٌ، (أو باعترافِ من هو) أي الوديعةُ أو الوقفُ (في يده)؛ لأنه أمين (ولا يَعْمَلُ بقول) القاضي (المعزولِ)؛ لأنه شاهدٌ، وشهادةُ الفَردِ لا يُعْمَلُ بها (إلا أن يكون) المعزولُ (هو الذي سلَّمها) أي الودائع والوقوف (إليه) أي إلى ذي اليد؛ إلا أن يُقر ذو اليد أن المعزولَ سلَّمها إليه؛ لأنه يثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي، فيصح إقرارُ القاضي، كأنه في يده في الحال، ولأن يده كيده، فيكون أميناً فيه. وينبغي للقاضي أن يبعث رجلين من ثقاته، والواحدُ يكفي فيقبضان من المعزول ديوانَه، وهو ما ذكر من الخرائط والسجلات، فيجمعان كل نوع في خريطة حتى لا يَشتبهَ على القاضي، ويسألان المعزولَ عنها شيئاً فشيئاً، لينكشف ما يُشكِلُ عليهما، ويختمان عليها، وهذا السؤالُ ليس للإلزام، بل لينكشفَ به الحالُ، وإن أبى المعزولُ أن يدفعَها إليهما أُجبر على ذلك.

(وينظر) الْمُوَلَّى (في أحوال المحبوسين، فمن اعترف بحق، أو قامت عليه بينة) من طرف الخصم (ألزمه) عملاً بالحُجةِ (وإلا) أي إن لم يعترف ولم تَقُمْ عليه بينة، (نادى عليه) في مجلسه من كان يُطَالِبُ فلاناً المحبوسَ بحق، فليحضر، فمن حَضَرَ، وادعى عليه الحق ابتدأ الحكم بينهم، ويُنادى أياماً على حَسَبِ ما يَرَى الْمُوَلَّى، وإن لم يحضر أحد لا يُمْهِلُه.

(ولا يُخَلِّيَهُ حتى يَستَظهِرَ في أمره) فيأخذ منه كفيلاً بنفسه لاحتمال أنه محبوس بحق غائب، وهو الظاهرُ؛ لأن فِعْلَ المعزولِ لا يكونُ عبثاً.

(ويَجْلِسُ للقضاءِ جُلُوساً ظاهراً) في المسجد لقوله ﷺ: «إنما بُنيت المساجد لذكر الله تعالى وللحكم».

وعند الشافعي: يكره الجلوس في المسجد للقضاء؛ لأنه يحضره المشرك، وهو نجس بالنص، والحائض، وهي ممنوعة عن دخوله.

ولنا: ما رويناه.

(**والجامع أولى**) ليكونَ موضع حكمه ظاهراً لأهل بلده، ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره، وإن كان الخصمُ حائضاً أو نفساءَ خرج القاضي إلى باب المسجد، فنَظَرَ في خصومتها، أو أَمَرَ من يَفْصِل بينهما، كما لو كانت المنازعةُ في دابة، فإنه يَخْرُجُ لاستماع الدعوى والإشارةِ إليها في الشهادةِ، وإن جَلس في بيته جاز، ويأذَنُ للناس بالدخول فيه، ولا يمنع أحداً من الدخول عليه، ويستحب أن يجلس معه قريباً منه قوم من أهل الفقه والديانة، ولا بأس بأن يجلس وحده إذا كان عالماً بالقضاء.

(**ويَتخذُ مترجِماً**) ليعلم ما يقول الخصم حتى يتمكن من القضاء (**وكاتباً عدلاً**) مسلماً له معرفة بالفقه؛ لأنه إذا لم يكن عدلاً لا يؤمن خيانتَه، وإذا لم يكن مسلماً لا يؤمن أن يكتب ما لا يقتضيه الشريعةُ، وإذا لم يكن فقيهاً لا يَعْرِفُ كِتْبَةَ السجلات، وما يحتاج إليه القاضي من الأحكام، ويجلس ناحيةً عنه[١] حيث يراه[٢] حتى لا يُخْدَعَ بالرشوة.

(**ويُسَوِّي بين الخصمين في الجلوسِ، والإقبالِ، والنظرِ، والإشارةِ**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتُلي أحدُكم بالقضاءِ، فليُسَوِّ بين الخصمين في المجلس، والإشارةِ، والنظرِ». وحُكي أن أبا يوسف القاضيَ قال في آخر عمره: ما تركتُ القِسْطَ بين الخصمين إلا مرة واحدة، وذاك أنه كان يهوديٌّ ادعى على هارون الرشيد دعوى، فأحضرت هارون باستدعاء اليهودي، فلما حضر هارون الرشيد قلت لليهودي: قم اجلس حيث جَلس خصمك، ولم أقل لهارونَ، قم واجلس حيث جَلس خصمك، كذا في «الكافي شرح المنظومة».

---

(١) قاض.

(٢) قاض.

(لا يُسَارُّ أحدهما) أي لا يتكلم أحدهما سِرّاً (ولا يُلَقِّنُهُ حجةً)؛ لأن في كل منهما ميلاً إلى أحدِهما وحيفاً بالآخر، فإن المدعي إذا رأى ميلَ القاضي، ربما ترك دعواه، فيضيع حقه، ولا يضحك لأحدِهما لما بينا، ولا يمازِحهما ولا أحدَهما؛ لأنه يُخِلُّ بِـهَيْبَةِ القضاءِ.

(ولا يُضَيِّفُه) أي لا يضيف أحد الخصمين (دون صاحبه)؛ لأن في ضيافته تهمة، وفيه إشارة إلى أنه لو أضافهما جميعاً، فلا بأس به.

(ولا يَقبلُ) القاضي (هديةَ أجنبي لم يُهدِ له قَبلَ القضاءِ)؛ لأنه إنما أَهْدَى له للقضاء ظاهراً، فأشبه الرشوة، إلا من معتادٍ جَرَتْ عادته بمهاداته قبل القضاء؛ لأن الظاهرَ أنه يَجْرِي على عادته، حتى لو زاد على العادة، أو كان له خصومةٌ لا يَقبلها. والقريبُ على هذا التفصيل. الهدية ما يأخذه القاضي بلا شرط إعانته، والرشوة ما يأخذه بشرطِ إعانته.

(ولا يَحْضُرُ دَعوةً، إلا العامةَ) كالعُرس والختان؛ لأنه لا تهمة فيهما، والإجابةُ سُنة. ولا يُجيب الخاصة لمكان التهمة، إلا إذا كانت من قريب، أو ممن جرت عادته بذلك قبل القضاء على التفصيل المتقدم.

عند محمد: قياساً على جواز أخذ هديتهما.

وقالا: يحضر لمكان التهمة.

والعشرة فما دونها خاصةٌ، وما فوقها عامةٌ.

وقيل: الخاصةُ ما لو عَلِمَ الْمُضِيفُ أن القاضي لا يَحْضُرها يَتْرُكها.

وفي «الكفاية»: لو كان المضيفُ خصماً لا يُجيب دعوته وإن[1] كانت عامةً.

---

(١) وصل.

(ويعود الْمَرْضَى[١]**، ويشهدُ الجنائزَ)** إذا لم يكن من المتخاصمين؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين، ولا يُطيلُ مَكثَه في ذلك المجلس، ولا يمكِّنُ أحداً من التكلم فيه بشيء من الخصومات.

(فإن حَدَثَ له) أي للقاضي **(هَمٌّ)** أي غَمٌّ **(أو نُعَاس)** أي نَوم **(أو غَضَب، أو جُوعٌ، أو عَطَشٌ، أو حاجةٌ)** حيوانية كالبول والغائط: **(كفَّ عن القضاء)** أي امتنع عنه؛ لأنه يحتاج إلى الفكر. وهذه الأَعْرَاضُ[٢] تمنع صحةَ الفكر، فيُخل بالقضاء، ويكره له صومُ التطوع يومَ القضاء؛ لأنه لا يخلو عن الجوع، ولا يُتْعِبُ نفسَه بطول الجلوسِ؛ لأنه ربما ضَجرَ ومَلَّ، ويقعد طرفي النهار، وإذا طَمِعَ في رضا الخصمين، رَدَّهما مرة أو مرتين، لقول عمر رضي الله عنه: رُدُّوا الخصومَ حتى يَصْطَلِحُوا، أو إن لم يَطْمَع أَنْفَذَ القضاءَ بينهما، لعدم الموجِبِ للتأخيرِ.

(ولا يَبِيعُ) القاضي **(ولا يشتري في المجلس)** لنفسه، لما فيه من التهمة، ولا بأس في غير المجلس.

وعن أبي حنيفة: أنه يكره أيضاً، وإنما يبيع ويشتري بمن لا يعرفه[٣].

(ولا يَسْتَخْلِفُ) أي لا يجعل القاضي غيرَه خليفةً **(على القضاءِ، إلا أن يُفَوَّضَ إليه ذلك)** أي إلا أن يفوَّضَ إلى القاضي الاستخلاف ممن تَقَلَّدَ القضاءَ عنه، كما أن الوكيلَ ليس له أن يوكلَ غيره إلا بإذن الموكل، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يجوز له أن يستخلف غيرَه بلا تفويضٍ؛ لأن الجمعةَ على شَرَفِ الفَوَاتِ، فالأمرُ بإقامتها إِذْنٌ بالاستخلاف فيها دلالةً. فإذا استخلف القاضي غيرَه بتفويضٍ

---

(١) جمع مريض.

(٢) جمع عارض كأنصار جمع ناصر.

(٣) قاضي.

ذلك إليه ليس له أن يَعْزِلَه؛ لأنه يكونُ نائباً عن الخليفة، إلا بأن يقول له الخليفةُ: استبدل من شئت، فحينئذ يملك عزلَه.

(ولا يَقْضِ) القاضي (على غائبٍ) عن البلد، أو عن مجلس الحكم حاضراً في البلد، وهو الصحيح، كذا في «الحقائق».

وقال الشافعي: يحكم القاضي عليه؛ لأن الحق ظهر عنده بالبينة.

ولنا: البينة لقطع المنازعةِ، وهي إنما تثبت بالإنكارِ، والغائبُ يحتمل ألا يُنْكِرَ، فلا يُعْمَلُ بالبينة. وكذا لو أنكر، ثم غاب؛ لأن الإنكارَ وقتَ القضاء شرط، (إلا أن يَحْضُرَ من يقوم مقامه) أي يجوز الحكمُ عليه إذا حضر نائبه أعم من أن يكون الغائبُ أَنَابَه منابه كالوكيل، أو الشرع كالوصي من جهة القاضي، أو يكون ما يدعيه على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر، فانتصب الحاضر خصماً عنه، وصار القضاءُ عليه القضاء على الغائب، كمن ادعى داراً في يد رجل، فأنكر، فأقام المدعي البينةَ أنه اشتراها من فلان الغائب يَقْضِي بها[1] على الحاضر والغائب. وكذا لو ادعى شفعةً، وأنكر ذو اليد الشراءَ، فأقام البينةَ أن ذا اليد اشتراها من الغائب يَقْضِي على الحاضر والغائب جميعاً. وكذا إذا شهدا على رجل، فقال: هما عبدان، فأقام المشهودُ[2] له البينةَ أن مولاهما أعتقهما حُكم بعتقهما في حق الحاضر والغائب جميعاً.

(وإذا رُفع إليه) أي إلى القاضي (قضاءُ قاضٍ: أَمْضَاهُ)؛ لأن اجتهادَ الأول تأكد بالقضاء، فيُـرَجَّح على اجتهاد القاضي الثاني (إلا أن يُخالف الكتابَ، أو السُّنةَ) المراد بها السُّنةُ المشهورةُ (أو الإجماعَ)؛ لأنه لا اجتهادَ مع الكتابِ، ولا مع السُّنةِ

---

(١) أي بالقضية.

(٢) وهو المدعي.

المشهورةِ؛ إذ لا اجتهادَ إلا عند عدمهما، ولا مع إجماع الجمهور؛ لأنه خلاف، وليس باختلاف، والمراد اختلاف الصدر الأول[١]. مثال ما قضاه مخالفاً للكتاب الذي لم يختلف في تأويله سلف كالقضاء بحل متروك التسمية عامداً أَخْذاً بقول الشافعي، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾[٢].

والسُّنة المشهورة كالقضاء بحل المطلقة الثلاث قبل دخول الزوج الثاني أخذاً بقول سعيد بن المسيب، فإنه مخالف لقوله ﷺ: «لا[٣]، حتى تذوقي من عسيلته» الحديث.

والإجماع كالقضاء بجواز نكاح المتعة أخذاً بقول مالك؛ لأن الصحابةَ اجتمعوا على فساده، هذا إذا كان محلُّ القضاءِ مختلَفاً فيه.

أما إذا كان نفسُ القضاء مختلَفاً فيه كالقضاء على الغائب، فإنه لا يصير مُجمَعاً عليه، إلا أن يُرفع قضاؤُه على قاض آخر، فيمضيه، فحينئذ يصير مُجمعاً عليه، فبعد الإمضاء إن رُفع إلى قاضي آخرَ يجب عليه تنفيذه.

(**ولا يجوز قضاؤُه**) أي قضاء القاضي (**لمن لا تُقبل شهادتُه له**) كأصوله وفروعه وزوجته، لتمكن التهمة.

قيد بقوله: «له»؛ لأنه لو قَضَى عليهم جاز لانتفاء التهمة.

(**ويجوز**) قضاؤُه (**لمن قَلَّدَه**)[٤] القضاءَ (**وعليه**)؛ لأنه[٥] نائب عن المسلمين لا عنه، ولهذا لا ينعزل بموته.

---

(١) وهو الصحابة.

(٢) سورة الأنعام: ١٢١.

(٣) أي لا يحل.

(٤) قاض.

(٥) قاض.

(**وإذا علم**) القاضي (**بشيء من حقوق العباد**) كالقصاص وحد القذف (**في زمن ولايته ومحلِّها**) أي وكان في مكان ولايته (**جاز له أن يقضي به**) أي بذلك العلم؛ لأن علمه كشهادةِ الشاهدين، وبل أولى؛ لأن اليقينَ حاصل بما علمه بالمعاينة والسماع، والحاصلُ بالشهادة غلبةُ الظنِّ، والإجماعُ على أن قوله على الانفراد مقبول فيما ليس هو خصماً فيه، ومتى قال: حكمتُ بكذا نفذ حكمه.

قيد بقوله: «من حقوق العباد»؛ لأنه لا يقضي بما علمه في الحدود الخالصة حقّاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة؛ لأنه خصم فيها؛ لأنها حق الله تعالى وهو نائبه.

وأما ما علمه قبل ولايته، أو في غير محل ولايته لا يقضي به عند أبي حنيفة.

وقالا: يقضي كما لو علم في حال ولايته ومحلها.

لهما: أن مُستَنَدَ الحكم هو العلمُ، وقد وُجد، فمعلومه واحد قبل القضاء وبعده، فيجوز القضاءُ به.

وله: إن عِلمَه قبل القضاءِ عِلمُ شهادةِ واحدٍ، فلا يكونُ موجِباً لعلم القضاء.

وأما علمه حالَ القضاء يكون باحتياطٍ ومبالَغةٍ فيه ليَقْضِي إذا رُفِع إليه، وقَبله ليس كذلك.

(**والقضاءُ بشهادةِ الزورِ يَنْفُذُ ظاهراً**) أي فيما بيننا (**وباطناً**) أي في ثبوت الحل فيما بينه وبين الله تعالى (**في العقودِ، والفسوخِ، كالنكاحِ، والطلاقِ، والبيعِ**) وكالشراء، والإقالة، والرد بالعيب.

(**وكذلك الهبةُ، والإرثُ**) وقالا: يَنْفُذُ ظاهراً لا باطناً.

ومن صورها: ادعت امرأةٌ على رجل أنه تَزَوجها، فأقامت عليه شَاهِدَيْ زُورٍ حَلَّ لها وطؤها عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وكذا إذا ادعى عليها نكاحاً، وهي تجحد، أو شَهِدَا بالزُّورِ على رجل أنه طلق امرأته بائناً، فقَضَى القاضي بالفُرقةِ، ثم تَزَوَّجها آخَرُ جاز، وتحل عنده، وعندهما إن جَهِلَ الزوجُ الثاني ذلك حل له وطؤها اتباعاً للظاهر؛ لأنه لا يُكلَّف عِلمَ الباطنِ، وإن عَلِمَ ذلك لا يحل. ولو وطئها الزوجُ الأولُ كان زانياً، ويحد عنده.

وقال محمد: يحل له وطؤها.

وقال أبو يوسف: لا يحل؛ لأن قول أبي حنيفة أَوْرَثَ شبهةً، فيَحْرُمُ الوطء احتياطاً.

أو ادعى على آخَرَ إنك بعتَ مني هذه الجاريةَ، أو اشتريتَهَا مني، والآخر يُنكِرُ، فقَضَى القاضي بشاهدي زُورٍ حل للمشتري وطؤها عنده، خلافاً لهما.

أو ادعى أحدُ المتعاقدين فَسْخَ العقدِ في الجارية، أو رَدَّها بالعيب، وأقام البينةَ الزورَ، فقَضَى القاضي بالفسخ والرد، حل للبائع وطئها عنده.

وكذا ينفذ في الهبة والإرث، حتى يحل للمشهود له أكلُ الهبةِ والميراثِ عنده.

وروي عنه: أنه لا ينفذ فيهما، كما لا ينفذ عندهما.

قال الفقيه أبو الليث: يُفْتَى بقولهما، كذا في «الجامع المحبوبي».

لهما: أن القضاء إظهارُ ما كان ثابتاً لا إثباتُ أمرٍ لم يكن، والعقدُ لم يكن ثابتاً، فلا يَثبت بالقضاء، فلا يَنفُذُ باطناً، كما لو ظَهَرَ الشهودُ عبيداً أو كفاراً.

وله: أن القضاءَ واجبٌ على القاضي إذا أُقيمت عنده البينةُ، حتى لو لم يَـرَ الوجوبَ على نفسه يكفر. ولو أَخَّره يَفسُق.

ولما كان القضاءُ إظهارَ ما هو ثابت يجب إثباتُ العقدِ اقتضاء، كما ثبت البيعُ في قوله: «أعتق عبدَكَ عني بألف» لئلا يكون تكليفَ ما ليس في وُسعه.

والرقُّ والكفرُ يمكن الوقوفُ عليهما في الجملة، فلا يَنفُذُ باطناً.

(ولا يجوز) القضاءُ بشهادة الزورِ، ولا يَنْفُذُ باطناً **(في الأملاك الْمُرْسَلَةِ)** أي المطلقة، حتى لو ادعى جاريةً مِلكاً مطلقاً، وأقام على ذلك بينةَ زور، وقَضَى القاضي بذلك لا يحل له وطؤها بالاتفاق؛ لأن القاضي لا يملك إثباتَ الملك بدون السبب، فإنه لا يملك دفعَ مالِ زيدٍ إلى عمرو.

وأما العقود والفسوخ، فإنه يملك إنشاءها، فإنه يملك بيعَ أمةِ زيدٍ وغيرها حالَ غيبته، لخوف الهلاك، فإنه يبيعه للحفظ. وكذلك لو مات ولا وصي له. ويملك إنشاءَ النكاح على الصغير والصغيرة، والفرقةَ في العنين، وغيرِ ذلك. فثبت أن له ولايةَ الإنشاءِ في العقودِ والفسوخِ، فيجعلُ القضاءُ إنشاءً احترازاً عن الحرام، ولا يملك ذلك في الأَملاكِ الْمُرْسَلَةِ بغير أسباب، فتعذر جَعْلُه إنشاءً، فبطل.

(وإذا تَقَدَّمَ إليه) أي إلى القاضي **(خصمان: إن شاء)** القاضي **(بَدَأَهما، فقال: ما لكما؟ وإن شاء سكت، فإذا تكلم أحدُهما)** أي أحدُ الخصمين **(أَسْكَتَ القاضي الآخرَ)** إلى أن يُتِمَّ كلامَه ليَفْهَمَ دعواه.

(وإذا ثبت الحقُّ) عند القاضي بالإقرار **(للمدعي، وسأله)** أي وسأل المدعي من القاضي **(حَبْسَ غريمِه: لم يَحْبِسْه)**؛ لأن مطله لم يثبت بأول الحال، والحبسُ جزاءُ المطل، حتى لو ثبت الحق بالبينة، وطلب ذو الحق حبس غريمه حبسه القاضي لظهور مطله بإنكار عند القاضي، **(وَأَمَرَه)** أي أمر القاضي الغريمَ **(بدفع ما عليه، فإن امتنع)** الغريم عن الدفع **(حَبَسَه)** القاضي؛ لأنه ظهر ظلمه بالامتناع عنه **(في كل دينٍ لزمه بَدَلَ مالٍ)** ولاَمُ «بدل» منصوب بنزع الخافض، أي من بدل مال **(كالثمنِ، أو القرضِ)**؛ لأن غناه ثابتٌ بحصول المال في يده **(أو ثَبَتَ)** ذلك الدينُ له **(بالتزامه كالمهرِ، والكفالةِ)** أراد به المهرَ المعجَّلَ دون المؤجَّل كذا في «الهداية»؛ لأن التزامه

المال باختياره دليلٌ على يساره ظاهراً؛ إذ العاقلُ لا يَلتزم بما لا يَقدر على أدائه، فيُحْبَسُ، إلا أن يقر المدعي على أن غريمه معسِرٌ، فخلى سبيلَه؛ لأنه استحقَّ الإِنظارَ بالنص، ولا يمنعه من الملازمةِ.

(**ولا يَحْبُسُه فيما سوى ذلك**) أي فيما سوى الدين المذكور، كضمان الْمُتْلَفَات، وأَرشِ الجنايات، ونفقة الأقارب، والزوجات، وبدل الخُلع ونحوه[1] (**إن ادعى**) الغريمُ (**الفقرَ**)؛ لأن الفقرَ أصلي، والغنا عارضي (**إلا أن تقوم البينةُ أن له مالاً**) فيَحبسه؛ لأنه ظالم.

وقيل: القول لمن عليه الدين مطلقاً، أي سواء كان بدل مال أو لا، لما قررناه، كما إذا أعتق أحدُ الشريكين العبدَ المشترَكَ، وادعى أنه معسِرٌ، فالقولُ للمعتِق. وكذا القولُ للزوج بأنه معسِرٌ إذا ادعت زوجتُه بأنه موسِرٌ.

ويجاب عنه على ظاهر الرواية: بأن ضمانَ الإعتاق ليس بدَيْن مطلقٍ، فإن المريضَ إذا أعتق في مرضه العبدَ المشترَكَ لا يجب عليه الضمانُ عند أبي حنيفة.

وكذا النفقة، فإنها ليست بدين مطلق، بل هي صلةٌ، ولهذا تَسقط بالموت، ولو كان ديناً مطلقاً لم يَسقط إلا بالإبراء أو الأداء.

(**فإذا حَبَسَه**) أي إذا حَبَسَ القاضي المديونَ (**مدةً يغلِبُ على ظنه**) أي على ظن القاضي (**أنه**[2] **لو كان له مالٌ أَظْهَرَهُ، وسأل**) القاضي (**عن حاله**) أي عن حال الغريم (**فلم يظهر له مالٌ: خلَّى**) القاضي الغريمَ (**سبيلَه**)؛ لأن الظاهر إعساره، فيستحق الإنظارَ. وكذلك الحكم لو شهد شاهدان بإعساره، وتقبل بيّنةُ الإعسار بعد الحبس بالإجماع، وقبله لا.

---

(١) كبدل الكتابة وبدل الصلح عن دم عمد وضمان إعتاق العبد المشترك.

(٢) الضمير للشأن.

والفرق أنه وجد بعد الحبس قرينةٌ، وهو تَحَمُّلُ شَدَّةِ الحبس ومُضَايَقَتِهِ، وذلك دليلُ إعساره، ولم يوجد ذلك قبل الحبس.

وقيل: تُقبل في الحالين، كذا في «الاختيار».

(إلا أن تقومَ البينةُ على يساره، فيؤيِّد) القاضي **(حَبْسَه)** لظلمه.

واختلفوا في مدة الحبس؟

قدره بعضهم بشهر، أو شهرين، أو ثلاثةٍ، أو أربعةٍ.

وبعضهم بستة.

والصحيح ما ذُكِرَ في المتن؛ لأن الناس يختلفون في احتمال الحبس، ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً، فيُفَوَّضُ إلى رأي القاضي.

(ويُحْبَسُ الرَّجُلُ في نفقةِ زوجتِه)؛ لأنه بامتناعه عن الإنفاق كان ظالماً، فيحبس.

(ولا يُحْبَسُ والدٌ في دينِ وَلَدِه)؛ لأن الحبس عقوبة لا يستحقها الوالدُ إكراماً له. وكذلك الأجداد والجدات.

(إلا أن يَـمْتَنِعَ) الوالدُ **(من الإنفاقِ عليه)** أي على الولد، فإنه يُحبس فيه إحياءً لولده، كما لو صَالَ الأبُ على الولدِ، فللولدِ دَفعه بالقتل. وإذا مَرِضَ المحبُوسُ، فإن كان له من يخدمه في الحبس لم يُخرِجه، وإلا أخرجه لئلا يهلك.

وإذا امتنع الخصم من الحضور عَزَّرَه القاضي بما يَرَى من ضَربٍ، أو صَفْعٍ، أو حَبْسٍ، أو تَعبِيسِ وَجهٍ على ما يراه.

❊ ❊ ❊

فصل [في كتاب القاضي إلى قاضٍ آخر]

(يُقبل كتابُ القاضي إلى القاضي في كلِّ حقٍّ لا يَسقط بالشُّبْهَةِ) للحاجة إلى ذلك، وهو العجز عن الجمع بين الشهود والخصوم، بخلاف ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص؛ لأنهما يسقطان بشبهة، فلا يجوز إثباته بالكتاب الحكمي الذي هو نقلُ الشهادةِ في الحقيقةِ؛ لأن فيه شبهةَ البدليةِ، كما لم يجز بالشهادةِ على الشهادة، وهو أن يَشْهَدَ الشهودُ عند القاضي أن لهذا على فلانٍ الغائب كذا، فيكتب القاضي إلى القاضي الذي في بلده الخصم شهادتهم ليحكم هو بها عليه، ولكونه نَقْلَ الشهادةِ يحكم المكتوب إليه برأيه. ولو كانت الشهادةُ على حاضرٍ حكم عليه، وكَتَبَ بحكمه، وهو السجل، كما سيأتي. ويكتب في النكاحِ، والدينِ، والغصبِ، والأمانةِ المجحودةِ، والمضاربةِ؛ لأن ذلك دين يُعرَف بالوصف، وفي النسب؛ لأنه يُعرف بذكر الأبِ، والجدِّ، والقبيلةِ، وغيرِ ذلك.

(ويُقْبَلُ) أي كتابُ القاضي **(في العقارِ)**؛ لأنه يُعرَف بالحدودِ.

(ولا يُقْبَلُ في المنقولاتِ)؛ لأنها يُحتاج فيها إلى المشاهدة للإشارة.

(وعن محمد) مروي **(قبوله)** في جميع المنقولات، **(وعليه الفتوى)** للحاجة إليه، ويمكن تعريفه بأوصافه ومقداره وغير ذلك.

وعن أبي يوسف: أنه يُقبل في العبد دون الأمة، لكثرة إباقه دونها.

وعنه: أنه يُقبل فيهما.

وصورته: مثلاً إذا ادعى رجل في البصرة أنه كان له عبدٌ، فأبق وبَيَّنَ اسمَه، وحليَتَه، وسِنه، وجنسه، وقيمتَه، وهو اليومَ في يد فلان بن فلان في الكوفة، وأقام عليه البينةَ، فأرسل حاكمُ البصرة إلى حاكم الكوفة كتاباً بنقل شهادتهما، فلما وَصَلَ

إليه الكتابُ أَحْضَرَ خَصْمَه، ونَظَرَ، فإن وَافَقَ حليتُهُ ما في الكتاب دَفَعَ العَبْدُ إلى المدعي من غير أن يقضيَ له بالملك، وأَخَذَ منه كفيلاً، وأَمَرَه أن يَذْهَبَ به إلى حاكم البصرة ليشهدَ الشاهدان على أن هذا العبدَ بعينه مِلكُ المدعي، فإذا شهدا هكذا لا يحكم به؛ لأن خصمَه غائب، بل بَعَثَ إلى حاكم الكوفةِ كتاباً حُكْمِيّاً حتى يَحْكُمَ على خصمه في الكوفة، وبرئ كفيله.

وفي «الأمالي»: فإن كان الخصمُ قد هَرَبَ قبل أن يُوصِلَ المدعي الكتابَ على القاضي المكتوبِ إليه، فقال المدعي للقاضي: هذا كتابُ قاضِي بلدِ كذا إليك، وهؤلاء شهودي على الكتابِ، فَاسْمَعْ شهادتَهم، واكتُبْ إلى قاضي بلد كذا كتاباً، فإن القاضي في قولهم له الخيارُ إن شاء نَسَخَ كتاب القاضي الأول في كتابه؛ لأن الحجة على الحق كتابُ القاضي الأول، وإن شاء لم ينسخ، ويحكي في كتابه. ثم القاضي الثاني إذا وَرَدَ الكتابُ إليه يَجْمَعُ بين المدعي وخصمِه، ويَفْعَلُ ما كان يَفْعَلُهُ القاضي المكتوبُ إليه الأولُ لو كان الخصمُ في بلده. وكذا القاضي الثالثُ، والرابعُ، والخامسُ.

(ولا يُقبل إلا بالبينةِ) أنه كتاب فلان القاضي؛ لأنه للإلزام، ولا إلزام بدون البينة، ولأن الخطَّ يُشبه الخطَّ، والبينة يُعينه، ويكتب اسم المدعي والمدعى عليه، وينسبهما إلى الأبِ، والجدِّ، والفَخْذِ[1]، والقبيلةِ أو إلى الصناعة، وإن لم يذكر الجدَّ لم يجز إلا عند أبي يوسف، وإن كان في الفخذ مثلُه في النسب لم يجز، ولا بد من ذِكرِ شيء يَخُصُّهُ ويُعَيِّنُهُ حتى يَزُولَ الالتباسُ.

(وأن يكون إلى) قاض (معلومٍ بأن يقول من فلانٍ) بن فلان (إلى فلانٍ) بن فلان، (ويذْكُرَ نَسَبَهُمَا) أي نسبَ الكاتبِ والمكتوبِ إليه: (فإن شاء) الكاتبُ (قال

---

(١) قبيلة خاصة.

بعد ذلك) أي بعد تعريف المكتوب إليه **(وإلى كل من يَصِلُ إليه من قضاةِ المسلمين، وإلا فلا)** أي إن لم يكن إلى معلوم، فلا يصح حتى يكون المكتوبُ إليه معلوماً، والباقي يكون تبعاً له.

(ويقرأ) الكاتبُ **(الكتابَ على الشهودِ، ويُعْلِمهم ما فيه)** ليعلموا ما يشهدون **(ويَخْتِمه بحضرتهم، ويحفظون ما فيه)** حتى لو شهدوا أنه كتابُ القاضي وختمه، ولم يشهدوا بما فيه لا يُقبل؛ لأن الختم يُشبه الختمَ، فمتى كان في يد المدعي يتوهم التبديلُ.

(ويكون أسماؤُهم) أي أسماء الشهود **(داخل الكتابِ)** بالأب والجد، لنفي الالتباس.

(وأبو يوسف لم يَشْتَرِطْ شيئاً من ذلك) يعني المذكور من الشروط كالقراءة على الشهود، والتسليم إليهم، والإعلام لهم بما فيه، بل يسلمه عنده إلى المدعي.

(لما ابتُلِيَ) أبو يوسف **(بالقضاء)** تسهيلاً على الناس، وقال: يكفي الإشهادُ على أن هذا الكتابَ كتابُ القاضي، والخَتْمَ ختمه لا غيرُ، والقُضَاةُ عَمِلُوا اليومَ بقوله: **(واختاره)** أي قولَ أبي يوسف الإمامُ **(السرخسي، وليس الخَبَـرُ كالْمُعَايَنَةِ)** في تحقيق الأمر، بل المعاينةُ أولى بفهمه كل فهم.

اعلم أن قوله: «ليس إلى آخره» لفظ الحديث، أورده المصنف تقوية لقولهما. فعلى قول أبي يوسف يحصل الخبرُ للشهود، وعلى قولهما يحصل المعاينةُ لهم، ولا شك أن المعاينةَ أقوى من الخبر، فيكون قولُهما أوثَق.

وينبغي أن يكونَ داخلَ الكتاب اسمُ القاضي الكاتبِ والمكتوبِ إليه، وعلى العنوان[1] أيضاً. فلو كان على العنوان وحده لم يُقبل؛ لأن ما ليس تحت الختم متوهم التبديل، خلافاً لأبي يوسف.

---

(١) وهو أول الكتاب.

(فإذا وَصَلَ) الكتابُ **(إلى القاضي المكتوبِ إليه نَظَرَ في ختمه)** أي في ختم الكتاب، **(فإذا شَهِدُوا أنه كتابُ فلانٍ القاضي، سلَّمه إلينا في مجلسِ حُكْمِهِ)** وقرأه علينا وختمه **(فَتَحَه)**، هذا جواب إذا أي فتح مهره **(وقَرَأَه)** أي المكتوب إليه الكتابَ **(على الخصمِ، وأَلْزَمَهُ بما فيه)** لثبوت الحق عليه.

وعند أبي يوسف: يُلزمه ما في الكتاب إذا شهدوا أنه كتابه.

(ولا يقبله) أي الكتابَ **(إلا بحضرة الخصم)**؛ لأنه للإلزام، كالشهادة لا يسمعها إلا بحضرة الخصم، ولا يفتحه إلا بحضرته.

وقيل: يجوز؛ لأنه يثبت بحضوره، فلا حاجةَ إليه حالةَ الفتحِ.

(وإذا شهدوا عند القاضي بحقٍّ على خصم: حَكَمَ بشهادتهم، وكَتَبَ به) أي بحكمه، وهو السجل، وقد بيناه.

وإذا غاب المدعى عليه بعد الحكم، فجحد، ولم يُسلم إليه حقه، فطلب المدعِي عن القاضي أن يُرسِلَ إلى قاضيِ بلدةٍ فيها خصمُه كتاباً، وذكر فيه حُكمَه لينفذه، ويأمر بتسليم حقه إجابة، كذا في «الكفاية».

(وإن شهدوا بغير حضرته) أي الخصم **(كَتَبَ بشهادتهم، ولم يَحكم ليحكمَ بها)** أي بتلك الشهادة **(المكتوبُ إليه)** وقد قررناه.

فالحاصل: أن سجل القاضي إلى القاضي لا يكون إلا بعد الحكم، وكتاب القاضي إلى القاضي لا يكون إلا قبل الحكم.

(فإن مات الكاتبُ، أو عُزِلَ، أو خَرَجَ عن أهلية القضاء) بأن جُن أو عمي أو غير ذلك **(قبلَ وصولِ كتابه)** إلى المكتوب إليه: **(بَطَلَ)** عمل كتابه؛ لأن الكتابَ كالخطابِ حالةَ وصوله، وهو بالموت خَرَجَ عن أهلية الخطاب، وبالعزلِ وغيره، وصار كغيره من الرعايا.

وقال أبو يوسف: لا يبطل، بل يُعمل.

وكذا إذا مات بعد وصوله قبل القراءة؛ لأن القضاءَ إنما يجب على المكتوب إليه عند القراءة، فَقَبْلَها لا يكون النقلُ تامّاً، فيبطل بالموت.

ولو مات بعد وصول الكتاب والقراءة، فالمكتوبُ إليه يعمل به، كذا في «الذخيرة».

(وإن مات المكتوبُ إليه: بَطَلَ، إلا أن يكون) الكاتبُ **(قال بعد اسمه)** أي اسم المكتوب إليه **(وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين)** لما بينا.

وإن مات الخصم نَفَّذَ على ورثته لقيامهم مقامه.

وفي «الذخيرة»: ولو قال ابتداءً: إلى كل من يَصِلُ إليه مِن قُضَاةِ المسلمين لا يُعْمَلُ به عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن المكتوبَ إليه غيرُ معلوم.

وجوَّزَ العَمَلَ به أبو يوسف تَوْسِعَةً.



فصل [في التحكيم]

(حَكَّمَا رجلاً؛ ليَحْكُمَ بينهما: جاز)؛ لأن لهما ولايةً على أنفسِهما، فيصح تحكيمهما، حتى يكون قاضياً في حقهما، ومصالحاً في حق غيرهما؛ لأن غيرَهما لم يَرْضَ بحكمه، وليس له عليه ولايةٌ، بخلاف القاضي[1].

صورته: إذا رد المشتري المبيعَ على البائع بعيب بالتحكيم لا يملك الرد على بائعه لما ذكرنا. وكذلك إذا حكما في قتلٍ خطأٍ، فحكم بالدية على العاقلة لا يلزمهم لعدم ولايته عليهم.

(فيما لا يَسقط بالشبهةِ) احترز به عما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص، فإنه لا يجوز التحكيمُ فيهما؛ لأنه لا ولايةَ لهما على دمهما، حتى لا يُبَاح بإِبَاحَتِهما.

وقيل: يجوز في القصاص؛ لأنهما يملكانه، فيملكان تفويضَه إلى غيرهما، والحدودُ حقُّ الله تعالى، فلا يجوز. ويجوز في تضمين السرقة دون القطع.

وفي «الكفاية»: تخصيصُ الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات، نحوُ الكنايات، فإنها رواجعُ وغيرها، وهو الصحيح، إلا أنه لا يُفتى به دفعاً لتجاسر العوام.

(إذا كان) المحكم (من أهل القضاء)؛ لأنه يلزمهما حُكمه كالقاضي، ويُعتبر أهليته وقت الحكم والتحكيم جميعاً. احترز به عن أن يكون المحكم كافراً، أو عبداً، أو صبياً، أو محدوداً في قذف، فإنه لا يجوز؛ لأنه ليس بصفة القاضي.

(وله) أي للمحكم (أن يسمع البينةَ، ويقضي بالنكول) والإقرار؛ لأنه حكم شرعي.

---

(١) لأن له ولاية عامة.

(**فإذا حَكَمَ: لَزِمَهُمَا**) أي لزم حُكمه للخصمين لولايته عليهما.

(**ولكل واحد منهما الرجوعُ قبل الحكم**)؛ لأنه إنما وَلِيَ الحكمَ عليهما برضاهما، فإذا زال الرضى زالت الولايةُ، كالقاضي مع الإمام.

(**وإذا رُفِع حُكمه إلى قاضٍ: أَمْضَاه**) أي يُنَفِّذُ حُكْمَه (**إن وافق مذهبه**) لعدم الفائدة في نقضه، وأبطله إن خالفه؛ لأنه لا ولايةَ له عليه، فلا يلزمه إنفاذُ حكمه، بخلاف القاضي؛ لأن ولايتَه عامةٌ. ولا يجوز حكمه لمن لا تُقبل شهادته له للتهمة كالقاضي. ولو قضى عليه جاز لانتفاء التهمة.

ثم فائدة إمضاء حكمه ألا يكون لقاض آخر يرى خلافَه نَقْضه إذا رُفع إليه؛ لأن إمضاءه بمنزلة قضائه. وإذا قال لأحد الخصمين اللذين حكماه: أقررتَ له عندي بكذا، وحَكَمْتُ به عليك، وأَنْكَرَ الْمَقْضِيُّ عليه بإقراره يُقبل قوله[1]، ولا يُلْتَفَتُ إلى إنكاره، لقيام ولايته عليهما كالقاضي. والله أعلم.

* * *

(١) محكم.

كتاب الحجر

وهو في اللغة: مُطلق المنع.

وفي الشرع: المنع من التصرف حُكماً.

قيد به؛ لأن الفعل الحسي لا يمكن ردُّه إذا وَقَعَ، فلا يُتَصَوَّرُ الحجرُ عنه.

(**وأسبابُه**) أي الحجر: (**الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجُنُونُ**)؛ لأن الصغير والمجنون لا يَهْتَدِيَانِ إلى المصالح، ولا يَعْرِفَانِهَا، فنَاسَبَ الحَجرُ عليهما، والعبدَ تصرفه نافذ على مولاه، فلا يَنْفُذُ إلا بإذنه.

(**ولا يجوز تصرفُ المجنونِ، والصبي الذي لا يَعْقلُ أصلاً**) أي أجازه الولي، أو لم يُجز؛ لأنه لا أهلية لهما أصلاً، لفقدان عقلهما.

(**وتصرفُ الذي يَعْقِلُ**) منهما بأن يَعْلَمَا أن البيعَ سالبٌ، والشراءَ جالبٌ.

(**إن أجازه وليُّه، أو كان أَذِنَ له: يجوز**) والولي هو القاضي، ومن له ولايةُ التجارة في مال الصغير كالأب والجد والوصي، فلا يجوز بإذن الأم والأخ والعم.

وقال الشافعي: لا يجوز.

أراد بالتصرف ما هو متردد بين النفع والضرر[1]؛ لأن ما هو ضرر محض[2] كالطلاق لا يجوز بالإذن اتفاقاً، وما هو نفع محض، كقبول الهبة يجوز بدونه اتفاقاً.

له: أن عقلَه ناقصٌ لا يكمل بالإذن.

---

(١) كالبيع والشراء. منه.

(٢) أي خالص. منه.

ولنا: أنه قادر على التصرف، ونقصانه يَنْجَبِرُ بالإذن.

(والعبد) في التصرف **(كالصبي الذي لا يَعْقِلُ)**؛ لأن الحق للمولى، وإذا أجاز تصرفه جاز.

(والصبيُّ، والمجنونُ لا يصح عقودُهما، وإقرارُهما، وطلاقُهما، وعتاقُهما).

أما عقودهما، فلرجحان جانب الضرر نظراً إلى سفههما، وقلة مبالاتهما، وعدم قصدهما المصالح.

وأما إقرارُهما، فلثبوت نقصانٍ في عقلهما.

وأما طلاقُهما، لقوله ﷺ: «كل طلاقٍ واقعٌ إلا طلاقَ الصبي والمعتوهِ[1]».

وأما عتاقهما؛ لأنه مضرة محضة في حقهما، فلا يؤثر فيه الإجازةُ.

(وإن أَتْلَفَا) أي الصبيُّ والمجنونُ **(شيئاً لَزِمَهُمَا)**؛ لأن اعتبارَ الفِعلِ لا يتوقف على القصدِ كالنائم إذا انقلب على مالِ إنسانٍ، فأتلفه يَضمنُ.

وفي «الخانية»: إذا استقرض الصبي مالاً، فأتلفه لا يؤاخذ به في الحال، ولا بعد البلوغ؛ لأنه ليس من أهل التزام.

(وأقوالُ العبدِ نافذةٌ في حقِّ نفسِه) لقيام أهليته، وكونه مكلفاً. وكذا يُعتبر استقراضُه، ولا ينفذ إقراره على المولى؛ لأن إقرارَ الإنسان على غيره غيرُ مقبول إلا بولايةٍ، ولا ولايةَ للعبد على المولى، حتى لو أقر المولى على عبده الغير المديون صح إقراره، وصار كإقرار العبد بنفسه، إلا أن غريم إقرار العبد متقدِّم على غريم إقرارِ المولى عليه.

---

(١) وهو الذي يكون قليل الفهم يختلط الكلام إلا أنه لا يضرب ولا يشتم. منه.

(فلو أقر) أي العبد (بمال: لزمه بعد عِتقه)؛ لأن المانع عن أدائه ارتفع بعده.

(ولو أقر بحدٍّ، أو قصاصٍ، أو طلاقٍ: لزمه للحال) ولم يؤخر إلى ما بعد العتق؛ لأنه مُبْقًى على أصل الحرية في حق الحد والقصاص؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وهو ليس بمملوك من حيث أنه آدمي، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى عليه بذلك، ولا يُستباح بإباحته، ولا يعتبر بطلان حق المولى؛ لأنه ضمنيٌّ إلا أن حضرةَ المولى ليس بشرطٍ في إقراره. ولو لم يقرَّ، ولكن أقيمت عليه البينةُ، فحضرةُ المولى شرطٌ عند أبي حنيفة ومحمد.

وأما الطلاق، لقوله ﷺ: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاقَ».

(وبلوغُ الغلام: بالاحتلامِ، أو الإِحبالِ) أي بجعله امرأةً حُبلى (أو الإنزالِ، أو بلوغِ ثمانيَ عشرةَ سنةً).

(والجاريةُ) أي بلوغُ الجارية (بالاحتلامِ، أو الحَبَلِ، أو الحيضِ، أو بلوغِ سبعةَ عشرةَ سنةً)؛ لأن حقيقة البلوغ بالاحتلام والإنزال، قال ﷺ: «خُذ من كل حالم وحالمة ديناراً» أي بالغ وبالغة.

والحبل والإحبال لا يكون إلا به.

والحيض علامة البلوغ أيضاً، قال ﷺ: «لا صلاةَ لحائض إلا بخمارٍ» أي بالغ.

وأما البلوغ بالسن، فالمذكورُ مذهب أبي حنيفة.

وقالا: بلوغهما بتمام خمس عشرة سنةً، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعليه الفتوى؛ لأن العادة جارية على أن البلوغَ لا يتأخر عن هذه المدة.

وله: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[1]،

---

(١) سورة الأنعام: ١٥٢، سورة الإسراء: ٣٤.

فسَّره ابنُ عباس بثماني عشرة سنةً، والأنثى أَسْرَعُ نُشوءاً، وبلوغاً فنقص عن ذلك بسنةٍ.

(وإذا رَاهَقَا) أي إذا قَرُبَا البلوغَ، وصارا مُرَاهِقاً، وهو مَنْ سِنُّهُ اثنا عشرة سنةً في الغلام، وتسع سنين في الجارية.

(وقالا: قد بَلَغْنَا صُدِّقَا)؛ لأنه أمر لا يُعرَف إلا من جهتهما، ولا يُكذبه الظاهرُ، فيصدقان فيه إذا احتمل الصدقَ.

(ولا يُحْجَرُ على الحرِّ، العاقلِ، البالغِ) وإن[1] كان سفيهاً أو مبذِّراً، كما ستقف عليه.

السَّفَهُ: هو العملُ بخلاف موجَب الشرع.

والتبذير: هو أن يتلف مالَه لا لغرضٍ، أو لغرضٍ لا يعده العقلاءُ من أهل الديانة غرضاً، كشراء الحمام الطيَّارة بثمنٍ غالٍ ونحوِه، وتصرفه جائزٌ وإن[2] خلا عن مصلحة، هذا عند أبي حنيفة؛ لأن السفيه مكلَّف عاقل، وفي حجره إِهْدَارٌ لآدميته، وهو أضرُّ له من تبذيرِ ماله، فلا يُحجر عليه.

(إلا المفتي الماجنُ) وهو الذي يُفتي عن جهل، أو يُعلم الناس الحِيَلَ.

(والطبيبُ الجاهلُ، والمكاري المفلِسُ) وهو الذي يقبل الكراء، ويؤجِرُ الدواب، والناس يعتمدون، ويدفعون الكراء، فإذا جاء وقتُ الخروج يختفي، لعموم الضرر من الأول في الأديان، ومن الثاني في الأبدان، ومن الثالث في الأموال.

وقالا: يحجر عليه[3]، ويُمنع من التصرف في ماله نظراً له كالصبي.

---

(١) وصل. منه.

(٢) وصل. منه.

(٣) سفيه. منه.

والمراد به: ما يحتمل الفسخ، كالبيع والشراء.

وأما ما لا يحتمله كالنكاح، فحجره غير جائز اتفاقاً، ويتوقف تصرفه على إجازة الحاكم.

وأما لو تَصَرَّفَ في ماله قبلَ الحجر لا يجوز عند محمد؛ لأن السفه كالصِّبَا عنده، ويجوز عند أبي يوسف؛ لأنه كالمديون لا يُحجَرُ إلا بقضاء القاضي، وإذا حَجَرَ عليه القاضي فرُفِع إلى قاضٍ آخرَ، فأبطله جاز؛ لأن القضاء الأول مختلف فيه لا قضاءً في مختلف فيه، فلو أمضاه الثاني، ثم رُفع إلى ثالث لا ينقضه؛ لأن الثاني قضى في مختلف فيه، فلا يُنقض.

(ولا يُحجر على السفيه) وقد قررناه، **(إلا أنه)** يعني السفيهَ **(إذا بَلَغَ غيرَ رشيدٍ)** أي سفيهاً **(لم يُسَلَّمْ إليه مالُه)** عند أبي حنيفة، لعدم شرطه، وهو إيناس الرشد بالنص[1] **(حتى يبلغَ خمساً وعشرين سنةً)**.

(فإن تصرَّف فيه قبلَ ذلك) أي إن تَصَرَّفَ في ماله قبل البلوغ إلى تلك: **(نَفَذَ)** تصرفه.

(فإذا بَلَغَ خمساً وعشرين سنةً: يُسلَّم إليه مالُه وإن لم يُؤنَسْ رُشْدُهُ) وهو وجود الطريق المستقيم. «إن» هذه للوصل، أي وإن[2] لم يجد طريقاً مستقيماً، ولم يصل إليه؛ لأن المنع كان لرجاء التأديب، فإذا بلغ ذلك السن، ولم يتأدب انقطع عنه الرجاء غالباً، فلا معنى للحجر بعده.

---

(١) والنص قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [سورة النساء: ٦]، والإيناس الرؤية والعلم والإحساس بالشيء منه. منه.

(٢) وصل. منه.

وقالا: لم يُسَلَّم إليه ماله حتى يؤنس رشدُه، ولا يصح تصرفه فيه أبداً؛ لأن علتهما[1] هو السفه، فلا بد أن يبقيا ما بقي السفه كالصبا.

وفي «الاختيار»: ثم تفريع المسائل على قولهما، فنقول: إذا حجر القاضي عليه صار في حكم الصبي، إلا في أشياء، فإنها تصح منه كالعاقل، وهي: النكاحُ، والطلاقُ، والعتاقُ، والاستيلادُ، والتدبيرُ، والوصيةُ مثلُ وصايا الناس، والإقرار بالحدودُ، والقصاصُ؛ لأنه من أهل هذه التصرفات، لكونه مُخَاطَباً.

أما النكاح، فهو من الحوائج الأصلية، ويلزم بمثل مهر المثل؛ لأن لا غَبنَ فيه، ويبطل ما زاد عليه؛ لأنه تصرفٌ في المال، وصار كالمريض المديون. وإن كانت المرأة سفيهةً، فزوَّجت نفسَها من كفءٍ بأقل من مهر المثل جاز. فإن كان أقل بما لا يتغابن فيه، ولم يدخل بها، يُقال للزوج: إما أن تتم لها، أو تفارقَها؛ لأن رضاها بالنقصان لم يصح، ويُخَيَّـرُ الزوج؛ لأنه ما رضي بالزيادة، وإن دخل بها لم يُخير، ويجب مهرُ المثل، فلا فائدةَ في التخيير.

وأما الطلاق، فلقوله ﷺ: «كل طلاق واقعٌ، إلا طلاق الصبي والمعتوه»، ولأن كل من مَلَكَ النكاح وَقَعَ طلاقُه.

والعِتقُ لوجود الأهلية، ويسعى العبدُ في قيمته لمكان الحجر عن التبرعات بالمال، إلا أن العتق لا يقبل الفسخ، فقلنا بنفاذه، ووجوبُ السعاية نظراً للجانبين.

وعن محمد: أنه لا يسعى.

وأما التدبير، فلأنه يوجب حق العتق، أو هو عتق من وجه، فاعتبر بحقيقة العتق، إلا أنه لا يسعى إلا بعد الموت، فإذا مات ولم يؤنَس رشدُه سعى في قيمته مدبَّراً، كأنه أعتقه بعد التدبير.

---

(١) أي علة عدم تسليم ماله إليه وعدم تصحيح تصرفه فيه. منه.

وأما الاستيلاد، فإن وطئها، فولدت وادعاه ثبت نسبُه لحاجته إلى بقاء النسل، فلا تسعى إذا مات[١]. وكذلك إن أقر أنها أم ولده ومعها ولدٌ، فإن لم يكن معها ولدٌ سعت في قيمتها بعد الموت؛ لأنه متَّهم في ذلك، فصار كالعِتق.

وأما الوصيةُ، فالقياسُ ألا تصح؛ لأنها تبرع وهبة، لكنَّا استحسنَّا ذلك إذا كانت مثلَ وصايا الناس؛ لأنها قُربة يُتَقَرَّبُ بها إلى الله تعالى، وهو يحتاج إليها سِيَّمَا[٢] في هذه الحالة.

وأما الإقرار بالحدود والقصاص، فلأن الحجر عن التصرف في المال لا غيرُ، وهو عاقل بالغ، فيصح إقراره فيما لا حجر عليه، وتلزمه حقوق الله تعالى من الزكاة والكفارات والحج؛ لأنه مخاطَب، ولا حجرَ عن حقوق الله تعالى، فتخرج عنه الزكاة بمحضَر من القاضي، أو أمينه احترازاً أن يصرِفَها في غير مَصرِفها.

وأما الكفارات، فما[٣] للصوم فيه مدخل، فيكفِّره بالصوم لا غيرُ، كابن السبيل المنقطع عن ماله. ولو أعتق عن ظهاره نَفَذَ العتق، وسعى العبد في قيمته، ولا يُجزئه عن الظهار؛ لأنه عتق ببدل، كالمريض المديون إذا أعتق عن ظهاره، ثم مات، يسعى العبدُ للغرماء، ولا يجزئه. وكذا سائر الكفارات. ولو كفَّر بالصوم، ثم صلح قبل تمامه، فعليه أن يُكفِّر لزوال العجز.

وأما الحج، فإن القاضي يُسلِّم النفقةَ إلى ثقةٍ في الحاج ينفِقُها عليه، ولا يُمنع من عمرة واحدة لوجوبها عند بعض العلماء، ولا من القِرَانِ؛ لأنه أَفْضَلُ وأَثْوَبُ، ولأنه لا يُمنع من كل واحدة منهما على الانفراد، فكذا على الاجتماع، وبل أولى؛ لأنه أفضل.

---

(١) مولى. منه.

(٢) أي خصوصاً. منه.

(٣) موصول. منه.

وله: أن يسوق البدنةَ لمكان الاختلاف، فإن عمر رضي الله عنه فسَّر الهدي بالبدنة.

وتلزمه حقوق العباد إذا تحققت أسبابُـها عملاً بالسبب. وكذلك النفقةُ على زوجته وولده وذوي أرحامه؛ لأن السَّفَهَ لا يُبطِل حقوقَ العباد، ولأن نفقة الزوجة والأولاد من الحوائج الأصلية.

(**ولا يُحْجَرُ على الفاسق**) سواء كان فسقُه طارياً[١]، أو أصلياً.

أما عنده، فظاهر.

وأما عندهما، إن كان مُصْلِحاً لماله.

وقال الشافعي: يُحجر عليه زجراً له عن الفسق، كما مُنِع عن الشهادة، والولاية للزجر.

ولنا: أنه إذا كان مُصلِحاً لماله يكون الرشد مأنوساً منه، فيُدفع ماله إليه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم[٢] مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[٣]، المراد منه: الرشد في المال إجماعاً، فلا يكون الرشد في الدين مراداً؛ لأن المشروط رُشدٌ واحدٌ؛ ولأن الحجر للفساد في المال لا في الدين. ألا يرى أنه لا يُحجر على الذمي، والكفر[٤] أعظم من الفسق.

(**ولا**) يُحجر (**على المديون**) عند أبي حنيفة وإن[٥] طلب غرماءه الحجر عليه؛ لأن فيه إهدارَ الآدمية، فهو إضرار له.

---

(١) أي حادثاً. منه.

(٢) أي علمتم ووجدتم. منه.

(٣) سورة النساء: ٦.

(٤) حال. منه.

(٥) وصل. منه.

(فإن طلب غرماؤُه حَبْسَهُ: يَحْبَسُه حتى يبيعَ) ماله (ويُوَفِّي الدينَ) دفعاً عن غرمائه ظلم مَطَلِه.

(فإن كان مالُه دراهمَ أو دنانيرَ، والدَّيْنُ مثلُه: قضاه القاضي بغيرِ أَمْرِهِ) اتفاقاً؛ لأن ربَّ الدينِ له أخذه بغير أمره، فالقاضي يعينه عليه.

(فإن كان أحدُهما) أي المال، أو الدين (دراهمَ، والآخرُ دنانيرَ، أو بالعكس) أي بأن كان أحدُهما دنانيرَ، والآخرُ دراهمَ (باعه القاضي في الدين) اتفاقاً.

أما عندهما، فظاهر.

وأما عنده، فلعلمه بالاستحسان، وكان القياسُ ألا يجوزَ له ذلك، كما في العُرُوضِ.

وجه الاستحسان: أن النقدين جنسان صورةً، وجنسٌ واحدٌ معنىً من حيث إن كلًّا منهما وسيلةٌ.

فبالاعتبار الأول لم يجز للدائن أن يأخذ أحدَهما مكان الآخر جبراً.

وبالاعتبار الثاني جاز للقاضي أن يقضي به دينَه عملاً بالشبيهين[1]، بخلاف العُرُوضِ؛ لأن الأَغْرَاضَ متعلِّقةٌ بأَعْيَانِهَا.

(ولا يبيعُ) القاضي (العُروضَ، ولا العَقارَ) عنده؛ لأنه حَجْرٌ عليه[2]، وهو تجارة لا عن تراضٍ.

(وقالا: يبيع، وعليه الفتوى).

---

(١) أحد الشبهين شبههما بالجنسين صورةً، والآخر شبههما بجنس واحد معنىً. منه.

(٢) مديون. منه.

وفي «الاختيار»: وقال أبو يوسف ومحمد: إذا طلب غرماءُ المفلِسِ الحجرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَه من التصرفاتِ والإقرارِ، حتى لا يَضُرَّ بالغرماء نظراً لهم؛ لأنه ربما أَلْجَأَ[1] مالَه، فيفوت حقُّهم.

ولا يمنع من البيع بمثل الثمن؛ لأنه لا يُبطِل حقَّ الغرماء، ويبيعُ مالَه إن امتنع المديونُ من بيعه، وقَسَمَه بين الغرماء بالحِصَصِ؛ لأن إيفاءَ الدين مستحق عليه، فيستحق عليه البيعَ لإيفائه، نيابةً كالجَب والعُنَّة.

ولأبي حنيفة: ما مر.

وجوابهما: أن التلجئة متوهمةٌ، فلا يُبنى عليها حكمٌ متيقنٌ، وقضاءُ الدين مستحقٌّ عليه، لكن لا نُسلِّم تعيينَ البيع له، بخلاف الجب والعُنَّة، وإنما يُحبَس ليوفي دينَه بأي طريق شاء[2].

ثم التفريع على أصلهما: أنه يُباع في الدين النقودُ، ثم العروضُ، ثم العقارُ لما فيه[3] المسارعة إلى قضاء الدين ومراعاةِ المديون، ويُترك له ثيابُ بدنه. وإن أقر في حال الحجر بمالٍ لزمه بعد قضاء الديون؛ لأن هذا المال تعلق به حق الأولين، ولأنه لو صح في الحال لما كان في الحجر فائدةٌ، حتى لو استفاد مالاً بعد الحجر نَفَذَ إقرارُه فيه؛ لأنه لم يتعلق به حقهم. ولو استهلك مالاً لزمه في الحال؛ لأنه مشاهَدٌ لا رادَّ له، وينفق من ماله عليه وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه؛ لأنها من الحوائج الأصلية، وأنها مقدَّمة على حقهم. ولو تزوج امرأة، فهي في مهر مثلها إِسْوَةَ الغرماء.

---

(١) من التلجئة وهي أن يواضع مع آخر على شيء، ثم يظهرا ما يخالفه بين الناس. منه.

(٢) إما بالبيع أو بالاستقراض. منه.

(٣) أي في هذا الترتيب. منه.

(**فإذا لم يَظْهَرْ للمفلس مالٌ**) وظهر إفلاسُه بمضي مدة يراها الحاكمُ أو بينة بأن يقول الشهود: إنه فقير لا نعلم له مالاً سوى كسوته. ولفظ الشهادة ليس بشرط فيه.

وقيل: شرط.

(**فالحكمُ ما مَرَّ في أدب القاضي**) وهو قوله فإذا حَبَسَه مدةً يَغْلِبُ على ظنه[١] إلى قوله: خَلَّى سبيلَه، وإذا ظهر إفلاسُه والدائنُ غائبٌ يأخذ منه القاضي كفيلاً، ويُخرِجه من الحبس. ولو قام بيّنة على إفلاسه قبل الحبس لا يُقبل في أظهر الرواية، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

(**ولا يَحُولُ**) القاضي (**بينه**) أي بين المفلِس (**وبين غرمائه بعد خروجِه من الحبس يُلازِمُونَهُ**) لكن إذا دخل دارَه لحاجته لا يتبعه، بل يجلس على بابه، فإذا خاف أن يَهْرُبَ من جانب آخر، فله أن يمنعه من الدخول أو يدخل معه، وأن كان المديونُ امرأةً لا يلازمها حَذَراً من الفتنة، ويبعث امرأة أمينةً تلازمها.

(**ولا يمنعونه من التصرفِ والسفرِ**) ليتمكن[٢] من الاكتساب وقضاء الدين.

(**ويأخذون فضلَ كَسْبِه**) عن حوائجه الأصلية.

(**يَقْسِمونه**) أي يقسمون ذلك الفضل (**بينهم بالحِصَصِ**) وهذا عند أبي حنيفة، لقوله ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان» أي اليد بالملازمة واللسان بالاقتضاء.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا فلَّسه القاضي حالَ بينه وبين الغرماء، إلا أن يقيموا البينةَ أنه قد حَصَلَ له مال، فيُرجح على بينة الإعسار؛ لأن الأصلَ هو العسرة، وبينة اليسار صار أكثر إثباتاً. وهذا بناء على صحة القضاء بالإفلاس، فيصح عندهما،

---

(١) تتمة: أنه لو كان له مال أظهره، وسأل عن حاله، فلم يظهر له مال خلى سبيله. منه.

(٢) ليقتدر. منه.

فيستحق الإنظار، ولا يصح عنده؛ لأن الإفلاسَ لا يتحقق، فإن المال غَادٍ[١] ورائح[٢]، ولأن الشهادةَ شهادةٌ على العدم حقيقةً، فلا تُقْبَلُ، ولأن الشهودَ لا يتحققون باطنَ أحوالِ الناس وأمورَهم، فربما له مال لا يَطَّلِعُ عليه أَحَدٌ، قد أَخْفَاه خوفاً من الظَّلَمَةِ واللصوصِ، وهو يُظْهِرُ الفَقْرَ والعُسرةَ، فإذا لازموه، فربما أَضْجَرُوهُ، فأعطاهم. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) أي جاءٍ. منه.

(٢) أي ذاهب. منه.

كتاب المأذون

الإذن في اللغة: الإعلامُ، ومنه الأذانُ؛ لأنه إعلام توقيت الصلاة.

وفي الشرع: ما قال في المتن: (**الإِذْنُ: فَكُّ الحَجْرِ**) الثابت شرعاً.

فائدته: اهتداءُ الصبي والعبدِ إلى اكتساب الأموال. ثم الإذن إن كان خاصّاً، كما إذا قال: أذنتُ لعبدي فلانٍ، ولم يُشهِّر بين الناس، فعلم العبد به شرط لصيرورته مأذوناً.

وإن كان عامّاً، كما إذا قال المولى لأهل السوق: بايعوا عبدي فلاناً يصير مأذوناً قبل العلم. ولو أذن لعبده الآبق لا يصير مأذوناً، ولعبده المغصوب يكون مأذوناً؛ لأن بيع الآبق غير جائز، وبيع المغصوب جائز، فكذا إذنه، كذا في «الخانية».

(**فلا يَتَوَقَّتُ**) الإذن بالتوقيت[١]، وتفريعه (**فلو أَذِنَ له يوماً**) أو شهراً (**كان مأذوناً مطلقاً**) أي غير موقت ما لم ينهه.

وقال زفر: يتوقت الإذن بما وقت به المولى؛ لأن الإذن توكيلٌ وإنابةٌ من المولى؛ لأنه يتصرف له، فيَتَقَيَّدُ بما قَيَّدَ به.

ولنا: أن الإذنَ إسقاطٌ لقيد الحجر، ولهذا جاز تَعليقه بالشرطِ، ولم يجز تعليقُ الحجر، والإسقاطُ متى وقع لا يقبل التقييدَ، بخلاف التوكيل، فإنه يتوقت ويتقيد.

(**ويَثبتُ**) الإذن (**بالصريح، وبالدلالة، كما لو رآه**) أي رأى المولى عبدَه (**يَبِيعُ، ويَشْتَرِي: فسَكَتَ**) المولى (**سواءٌ كان البيعُ للمولى، أو لغيره، بأمرِه**) أي بأمر المولى (**أو بغير أمرِه صحيحاً**) كان ذلك البيعُ (**أو فاسداً**).

---

(١) بتوقيت المولى. منه.

وقال زفر: لا يكون سكوته إذناً، لاحتمال أن يكون عن سخطه، كما لا يثبت إذا رأى عبده يتزوج فسكت، فكما إذا رأى[1] المرتهن يبيع الرهنَ، فسكت.

ولنا: أن العادةَ جَرَتْ بأن من لا يرضى ببيع عبدِه يَنْهَى عنه، ولو لم يجعل سكوته إذناً لَأَدَّى ذلك إلى إضرار الناس لغرورهم به ومُعاملتهم معه، فجُعِلَ سكوته رضاً عُرفاً.

وفي «الحقائق»: إنما يُجعل سكوتُ المولى إذناً إذا لم يَسبق منه ما يوجب نفي الإذن حالةَ السكوت؛ إذ لو سَبَقَ منه ذلك لا يكون منه إذناً اتفاقاً، كما إذا قال المولى: إذا رأيتم عبدي يتجر فسَكَت، فلا إذن له في التجارة، ثم رآه يتجر، فسكت لا يصير مأذوناً.

(ويصير) العبدُ (مأذوناً بالإذنِ العام) وهو أن يقول لعبده: أَذِنْتُ لك في التجارة، أو أَذِنْتُ لك في البيع والشراء، ولا يقيده بشيء.

(والخاص) أي ويصير مأذوناً بالإذن الخاص (كإذنه بالتجارة في نوعٍ مخصوصٍ) بأن يقول له: أذنتُ لك في البزِّ، أو في الصرفِ، أو في الخِيَاطةِ، أو في الصباغة، فإنه يصير مأذوناً في جميع التجارات والحِرَف.

وقال زفر: يختص بما قيده به؛ لأنه يستفيد التصرف بإذنه كالوكيل.

ولنا: أنه فك الحجر، وهو يوجَد بالإذن في نوع واحد؛ لأن الضررَ الذي يَلْحَقُ المولى لا يَتَفَاوَتُ بين نوع ونوع، فيَلْغُو التقييدُ، ويبقى قوله: «اتَّجِرْ»، وليس كالوكيل؛ لأنه يصح بقوله: «أَذِنْتُ لك في التجارة»، ولا يصح التوكيل به؛ لأنه مجهولٌ. أما رَفْعُ الحجرِ إسقاطٌ، والجهالةُ لا يُبطِله.

---

(١) راهن. منه.

(أما لو أَذِنَ) المولى (له) أي لعبده (بشراءِ طعامِ الأكلِ، وثيابِ الكسوةِ: لا يصير مأذوناً)؛ لأنه استخدامٌ، ولو صار مأذوناً به لَانْسَدَّ بَابُ استخدامِه.

(وكذلك) أي كما أن إذنَ المولى لعبده يجعله[1] مأذوناً كذلك (إِذْنُ القاضِي، والوصيِّ لعبدِ اليتيمِ، والصبي الذي يعقلُ) يجعلهما مأذوناً مطلقاً؛ لأن الحجر إنما كان خوفاً من شر تصرفهما، وعدم هدايتهما للأصلح، فإذنهما لهما دليل صلاحية تصرفهما، فجاز تصرفهما.

(وللمأذون أن يبيعَ، ويشتريَ)؛ لأنهما أصلُ التجارة (ويوكِّلَ، ويُبْضِعَ) أي يُعطي رجلاً قدراً من المال ليتجر به، ويكون الربحُ له[2].

(ويُضارِبَ، ويُعيرَ، ويَرهنَ، ويَسترهِنَ، ويؤجِّرَ، ويَستأجرَ، ويَقْبَلَ السَّلَمَ، ويُسْلِمَ)؛ لأن هذه الأشياء من توابع التجارة.

(ويُزارعَ) أي يدفع الأرض مزارعةً، ويأخذها؛ لأنها مما يُطلب به الربح، وقد قال ﷺ: «الْمُزارِعُ يُتَاجِرُ ربه»، ويشارك عَنَاناً؛ لأنها من أفعال التجار.

وله: أن يؤاجرَ نفسَه؛ لأنه يَحْصُلُ به الربحُ والاكتسابُ، وهو المقصودُ.

(ولو باع) المأذونُ (بالغَبْنِ الفاحِشِ، أو أَقَـرَّ بدَيْنٍ، أو غَصْبٍ، أو وديعةٍ: جاز)؛ لأنه لو لم يصح لامتنعَ الناسُ من معاملته؛ ولأن ضمانَ الغصبِ ضمانُ معاوضةِ تمليكٍ وتملكٍ، فكان كالتجارة، والوديعةَ من صنيع التجار.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه بالغبن الفاحش؛ لأن المقصودَ من الإذن الاسترباحُ، والعقدُ بالفاحش إتلاف، فلا يَدخل تحت الإذن، فلا يجوز، كما لم يجز العقدُ بالفاحش من الأب، والوصي، والقاضي في مال الصبي.

---

(١) عبد. منه.

(٢) أي للمأذون. منه.

ولأبي حنيفة: أن المأذونَ متصرف لنفسه كالحر، فيصح عقده بالفاحش، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن تصرفهم للصغير، وهو مقيد بالنظر له.

(ولا يتزوَّجُ) المأذونُ (ولا يُزوِّجُ مماليكَه)؛ لأن التزوج والتزويج ليس من باب التجارة. فلو تزوج أُخِذ بالمهر بعد الحرية.

وقال أبو يوسف: يُزوج الأمةَ؛ لأن فيه تحصيلَ المهرِ، وسقوطَ النفقة، فأشبه إجارتها.

ولهما: ما قُرِّرَ.

والمكاتب يملك تزويجَ أمته اتفاقاً، من «الحقائق».

(ولا يُكَاتِبُ، ولا يُعْتِقُ) بمال، ولا بغير مال؛ لأن كلًّا منهما ليس من باب التجارة؛ إذ هي مبادلة المال للاسترباح. ولو فعلهما المأذونُ، ولم يكن مديناً، فأجازه المولى يجوز؛ لأن الامتناعَ كان لحقه، فإذا أجازه زال المانعُ.

(ولا يُقرِضُ) ولا يَهَبُ بعوضٍ، ولا بغير عوضٍ، ولا يتصدق؛ لأن القَرضَ تبرع محض[1]، وكذا الهبةُ والصدقةُ.

وأما الهبة بعوض، فتبرعٌ أيضاً في الابتداءِ، فلا ينتظمها الإذن بالتجارة.

(ويُهدِي القليلَ من الطعامِ) وهو بضم حرف المضارعة، أي يجعله هديةً.

قيد بـ«القليل» وهو قدر ما يتخذ به الضيافة اليسيرة؛ لأنه لا يملك إهداء الكثير منه.

وقيد بـ«الطعام»؛ لأن إهداء القليل من الدراهم غير جائز.

وقيل: يملك التبرعَ بما دون درهم.

---

(١) خالص. منه.

(ويُضيفُ مُعَامِلِيهِ) جمع مُعَامِلٍ، وسقط نون الجمع للإضافة. أراد بها الضيافة اليسيرة، وهي ما لا يعدها التجار إسرافاً، وهو الصحيح. وإنما جاز ضيافة من يعامله؛ لأن التاجر يحتاجُ إليها لاستجلاب قلوب الأغنياء.

وله: أن يَحُطَّ من الثمن بعيب كعادة التجار، فلا يَحُطُّ بغير عيب؛ لأنه تبرع.

(ويأذن) المأذون (لرقيقه في التجارة)؛ لأنه نوعُ تجارةٍ، والأصلُ فيه[1]: أن كل من له ولايةُ التجارةِ يصحُّ إذنه للعبد لها[2]، كالمكاتبِ، والمأذونِ، والمضاربِ، والأبِ، والجدِّ، والقاضي، وشريكي المفاوضةِ، والعَنَانِ، والوصي. ولا يجوز ذلك للأم والأخ والعم؛ لأنه ليس لهم ولايةُ التجارة.

(وما يَلزمُه) أي المأذون (من الديونِ بسببِ الإذنِ: متعلِّقٌ برقبته: يُباع فيه) أي يباع المأذون في أداء دينه إذا لم يَفِ كسبُه لحقوق الغرماء، ولكن لا يُعَجَّلُ ببيعه، بل ينتظر مدةً لاحتمال أن يكون له دين يقتضيه.

وقال الشافعي: لا يُباع، هذا إذا كان ديناً بسبب التجارة، وإن كان دينَ استهلاكٍ يباع رقبته فيه اتفاقاً؛ لأنه متعلِّق بالجناية لا بالإذنِ.

له: أن الإذنَ إنما تعلق بكسبه، فلا يُباع رقبته في دينه، كسائر أموال المولى.

ولنا: أن هذا دين ظَهَرَ وجوبه في حق المولى بإذنه، فيتعلق برقبته، كما إذا تزوج بإذن مولاه يتعلق بها دينُ نفقةِ زوجتِهِ.

(إلا أن يَفْدِيَه المولى) بقضاء دينه، وهو استثناء من قوله: «يباع». وذلك[3] أن

(١) أي في الإذن. منه.

(٢) أي للتجارة. منه.

(٣) فدية. منه.

يؤدِّي[١] عنه[٢] جميعَ الديونِ لا أداء قيمته، كذا في «الكفاية».

(**ويُقْسَمُ ثَمَنُهُ بين غرمائه بالحِصَصِ**) لتعلق حقهم به (**فإن بَقِيَ شيءٌ**) من الدين (**طُولِبَ به**) المأذونُ (**بعد الحرية**)؛ لأن الدينَ ثبت عليه، ولم يف به للرِّقِّيَّةِ، فيبقى عليه إلى وقت القُدرة، وهو ما بعد الحرية، ولا يباع ثانياً، كما في نفقة الزوجة؛ لأن النفقة تتجدد، فيكون ديناً حادثاً بعد البيع، ولا كذلك ديونُ الغرماء.

(**فإن حَجَرَ**) المولى (**عليه**) أي على المأذونِ (**لم يَنْحجِرْ حتى يعلمَ أهلُ سُوقِهِ، أو أكثرُهم بذلك**) أي بالحجر؛ لأنهم إذا لم يعلموا وعاملوه لتضرروا لعدم تعلق حقوقهم بعد الحجر لكسبه ورقبته، فيتأخر إلى ما بعد العتق. هذا إذا اشتهر كونُه مأذوناً.

وأما إذا لم يشتهر، فعلم العبد كافٍ في حجره.

اعلم أن الحجر إذا اشتهر يثبت في حق أهل السوق، لكنَّ العبد يبقى في نفسه مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل لا ينعزل إلى أن يعلم بالعزل؛ لأن العبد يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق، وأنه ما رضي به.

قيد الحجر بـ«علم أهل السوق أو أكثرهم»؛ لأنه لو علم من أهله رجل أو رجلان لا ينحجر وإن بايعوه جاز وإن[٣] بايعه الذي علم.

(**ولو وَلَدَتِ المأذونةُ من مولاها: فهو حَجْرٌ**) خلافاً لزفر.

له: أن الاستيلادَ لا يُنَافِي الإذنَ، حتى لو أَذِنَ أم ولده صح، فصارت كما لو دبَّرها.

---

(١) مولى. منه.

(٢) عبد. منه.

(٣) وصل. منه.

ولنا: أن الإنسانَ يُحَصِّنُ[1] أم ولده في العادة، ويمنع من خروجها، فصار ذلك حجراً دلالةً.

(والإباقُ) أي إباقُ العبدِ المأذونِ **(حَجْرٌ)**.

وقال الشافعي: لا يكون الإباق حجراً؛ لأن الإباقَ لا ينافي الإذنَ، فصار كما لو غَصَبَه غاصب.

ولنا: أن المولى لا يرضى بتصرف الآبق المتمرِّدِ عادةً، فينحجر بطريق الدلالة كالتصريح به، فإن عاد من الإباق، فالأصح أنه لا يعود مأذوناً لانقطاع ولاية المولى عنه، والإذنُ إنما يبتنى عليها.

(ولو مات المولى، أو جُـنَّ، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتدّاً: صار) المأذونُ **(محجوراً)** علم العبد أو لم يعلم؛ لأن أهليةَ الإذنِ لما زالت عن المولى بهذه الأشياء بَطَلَ بقاءُ الإذن.

أما السبب[2] في موته وجنونه، فظاهر.

وأما في لحاقه، فلأن الولاية منقطعة بين الدارين.

وكذا الصبي يحجر بموت الأب والوصي.

وأما المأذون من جهة القاضي لا ينعزل بموته؛ لأن إذن القاضي حُكمٌ من وجهٍ، فلا يبطل بموته، كذا في «المحيط».

(ويصح إقرارُه) أي إقرارُ المأذونِ **(بما في يدِه بعد الحَجْرِ)** سواء أقر أنه غَصَبٌ، أو أمانةٌ عنده، أو أقرَّ بأنه عليه ديناً ليقضي مما في يده.

---

(١) أي يحفظ. منه.

(٢) أي سبب زوال أهلية الإذن. منه.

وقالا: لا يصح؛ لأن مصحِّح إقراره كان كونه مأذوناً، وقد زال، ولهذا لو أقر بدين لا يتعلق برقبته، فلا يتعلق بكسبه.

ولأبي حنيفة: أن الْمُصحِّح في حال الإذن كونُ المال في يده، ولهذا لو أَخَذَ المولى منه المال لم يصح إقراره فيه، لعدم يده، ويده باقيةٌ بعد الحجر، فيصح إقراره، كما قبل الحجر. وإنما لم يتعلق إقراره بالدين برقبته؛ لأنها ليست من كسبه، حتى تبقى يده عليها، بل من كسب مولاه.

(وإذا استغرقتِ الديونُ مالَه) أي مالَ المأذونِ **(ورقبتَه: لم يَـملكِ المولى شيئاً من مالِه)** وهو كالأجنبي في ماله **(حتى لو أَعْتَقَ)** المولى **(عبيدَه: لا يَعْتِقُونَ)**. ولو قتل عبده[١]، فعليه قيمته على السنين.

وقالا: يملكه المولى، ويعتقون بإعتاقه، وعليه قيمة المقتول في الحال.

وهذه المسألتان مبنية على أصلٍ مختلفٍ فيه، وهو أن المولى يملك أكساب مأذونه المستغرَقِ بالدين عندهما؛ لأن رقبته، وهو الأصل ملكه، فيكون الفرع، وهو الأكساب له[٢]، ولا يـملك عند أبي حنيفة؛ لأن العبد متصرِّف لنفسه بأهليته الأصلية، فيكون أكسابه له، وإنما يقع للمولى بطريق الخلافة إذا فَضِلَتْ عن حاجته[٣]، وهنا لم يَفضُل؛ لأنه محتاج إلى تفريغ ذمته بها؛ وإنما لم يصح إعتاقه[٤] في المسألة الأولى عنده؛ لأنه صَادَفَ غير ملكه، وصح عندهما؛ لأنه صادف ملكه.

وأما في المسألة الثانية، فعنده لما لم يملكه المولى صار قتله كقتل أجنبي خطأً، فعليه قيمته ثلاث سنين.

---

(١) مأذون. منه.

(٢) مولى. منه.

(٣) عبد. منه.

(٤) مولى. منه.

وعندهما: لما يملكه صار قتله، كقتل عبده المأذون، فيضمن قيمته للغرماء في الحال.

قيد بالاستغراق؛ لأنه إذا لم يكن مستغرَقاً يملك المولى كسبه اتفاقاً.

أما عندهما، فظاهر.

وأما عنده، فلأن الإنسان قل ما يخلو عن قليل الدين سيما التجارُ، فلو اعتبرنا القليلَ مانعاً أَدَّى إلى سد باب التصرفات عن المولى، فيمتنع عن الإذن.

(وإن أعتقه) أي إن أعتق المولى عبده المأذونَ **(نَفَذَ)** عتقه لبقاء ملكه فيه، **(وضَمِنَ قيمتَه للغرماء، وما بَقِيَ: فعلى العبد)**؛ لأن حقهم يعلق برقبته، وقد فَوَّتَها المولى بالعتق، فيَغرَم لهم قيمتها، وما فضل أخذوه من المعتَق؛ لأنه حر مديون.

وفي «الاختيار»: وإن شاؤوا ضمَّنوا المعتَقَ جميعَ ديونهم؛ لأن حقهم تعلق برقبته، وقد حَصَلَت له، فيَضمنها، وإن كان الدينُ أقلَّ من رقبته ضمِن[1] الدين؛ لأن حقهم فيه.

(ويجوز أن يبيعَه) أي يبيع عبده المأذون **(المولى)** شيئاً **(بمثلِ الثمنِ، أو أقلَّ)** من الثمن. والمراد منه: القيمةُ لارتفاع التُّهْمَةِ، وفيه منفعة للعبدِ بدخول المبيع في ملكه. فإن باعه وسلَّمه، ولم يقبِض الثمنَ سَقَطَ إن كان ديناً؛ لأن المولى لا يثبت له دين على عبده، وإن كان الثمن عَرْضاً لا يَسقط لجواز بقاء حقه في العين، كذا في «الاختيار».

وقيل: لا يبطل الثمنُ وإن[2] سلَّم المبيعَ أوَّلاً؛ لأنه يجوز أن ينعقد البيعُ، ويَتَرَاخَى وجوبُ الثمن، كما تأخر في البيع بالخيار إلى وقتِ سقوطهِ.

---

(١) مولى. منه.

(٢) وصل. منه.

قال صاحب «المحيط»: هذا القولُ هو الصحيحُ.

قيد بـ«المثل أو بالأقل»؛ لأنه لو باع بالأكثرِ لا يجوز عند أبي حنيفة.

ويجوز عندهما، فللعبد عندهما أن يعطي مقدارَ قيمته، فإن لم يَرْضَ به المولى، فله أن يَنْقُضَ البيعَ.

(ويجوز أن يبيعَ) المأذونُ **(من المولى)** شيئاً **(بمثل الثمن، أو أكثرَ)** والمراد من الثمن: القيمة؛ لأن المأذونَ بعد كونه مديوناً صار كالأجنبي عن مولاه في ماله الذي في يده، حتى لو أخذ مولاه منه شيئاً يؤمر برده عليه.

قيد بـ«المثل والأكثر»؛ لأنه لو باع منه بأقل من القيمة لا يجوز عند أبي حنيفة دفعاً للضرر عن الغرماء. وخيَّر صاحباه المولى بين الفسخِ ورفعِ الغَبنِ؛ لأن الضررَ عنهم يندفع بهذا.

وفي «الاختيار»: ولو باع المولى العبدَ المأذون، فقبضه المشتري، وعَيَّبه فالغرماءُ إن شاؤوا ضمَّنوا البائعَ القيمةَ؛ لأنه أتلَفَ حقَّهم بالبيع والتسليم، وإن شاؤوا ضمَّنوا المشتري بالشراء والتعييب، وإن شاؤوا أجازوا البيعَ، وأخذوا الثمن؛ لأن الحقَّ لهم كالمرتهِن، فإن ضمَّنوا البائعَ، ثم رد عليه بعيبٍ يَرْجِعُ عليهم بما ضَمِنَ، وعاد حقهم إلى العبدِ لزوالِ المانعِ. والله أعلم.

* * *

كتاب الإكراه

وهو فِعلٌ يَفعَله الإنسانُ بغيره، فيزولُ به الرضاءُ عنه.

(ويُعتبر فيه) أي في الإكراه (قُدْرَةُ المكرِهِ على إيقاعِ ما هدَّده به) أي خَوَّفه سواء كان سلطاناً أو غيرَه؛ لأنه إذا لم يكن قادراً عليه لا يتحقق الخوفُ، فلا يتحققُ الإكراهُ، وما روي عن أبي حنيفة أن الإكراهَ لا يتحققُ إلا من سلطان، فاختلافُ عصرٍ وزمانٍ، كذا في «الاختيار».

(وخوفُ المكرَه من ذلك) أي من إيقاع ما خَوَّفَه به (عاجلاً) شَرْطٌ أيضاً ليَصِيرَ مضطرّاً على فعله. هذا إذا خاف عن وقوعه على نفسه؛ لأنه لو خاف عن وقوعه على والديه أو أولاده لا يكون إكراهاً، كذا في «التبيين».

(وامتناعُه) أي وشرط امتناعُ المكرَه (من الفعل) الذي خَوَّفَه به (قَبله) أي قَبلَ الإكراهِ؛ لأنه لا يتحقق إلا على فِعلٍ يمتنع عنه المكرَه (لِحَقِّهِ) أي قد يكونُ الامتناعُ لحق المكرَه، كبيعِ ماله، والشراءِ، وإعتاقِ عبدِه، ونحو ذلك (أو) امتناعُه (لحق آدمي) كإتلاف مالِ الغيرِ ونحوِه (أو) امتناعُه (لِحَقِّ الشرعِ) كالقتلِ، والزنا، وشُربِ الخمرِ، ونحوِها؛ لأن الامتناعَ لا يكونُ إلا لأحد هذه الأشياء.

(وكونُ المكرَه به مُتلِفاً نفساً، أو عضواً) كالقتل والقطع شَرْطٌ (أو) يكونَ المكرَهُ به (موجِباً غَمّاً) بالغين المعجمة (يَنْعَدِمُ به) أي ينعدم بذلك الغم (الرضاء) كالحبس والضرب.

وقوله: «ينعدم» صفة «غماً».

وأحكام الإكراه تختلف باختلاف هذه الأشياء، فتارةً يلزمه الإقدامُ على ما أُكْرِهَ عليه، وتارةً يباح له، وتارةً يُرَخَّصُ، وتارةً يَحْرُمُ على ما يبين إن شاء الله تعالى.

(فلو أُكْرِهَ على بيعٍ، أو إجارةٍ، أو إقرارٍ) أو شراءٍ (بقتلٍ، أو ضربٍ شديدٍ، أو حبسٍ فَفَعَلَ) ما أُكْرِهَ عليه من البيعِ وأَخَوَاتِه.

(ثم زال الإكراهُ: فإن شاء أَمْضَاه) أي فالمكرَهُ مُخير إن شاء أَمْضَى ذلك العَقدَ (وإن شاء فَسَخَه)؛ لأن العقودَ إنما تصح بالتراضي.

قيد الضربَ بشديدٍ؛ لأنه لو لم يكن شديداً، أو يكونَ الحَبْسُ مقيداً بيوم لم يكن مخيراً؛ لأن مثلَه لا يُبَالَى به عادةً، ولا يكونُ إضراراً مُلْجِئاً إلا أن يكون من الشُّرَفَاءِ، أو الرُّؤَسَاءِ، فإنهم يتضررون بضرب سوط، أو بفَرْكِ أذنه؛ لأن لهم فيه هَوَاناً بين الناسِ، وهو أَضَرُّ من الآلام، فينبغي أن يُفَوَّضَ إلى رأيِ الإمامِ.

وفي «الاختيار»: لو تَصَرَّفَ فيه[1] تصرفاً لا يقبل النقضَ كالعتق ونحوه ينفذُ، ويلزمُه القيمةُ، وإن أجازه جاز لوجود التراضي، بخلاف البيع الفاسدِ؛ لأن الفسادَ لحق الشرع، فلا يجوز بإجازتهما، ولا ينقطع حقُّ الاسترداد هنا[2] وإن[3] تداولته الأيدي، بخلاف البيع الفاسدِ؛ لأن الفسادَ لحق الشرع، وقد تعلق بالبيع الثاني حقُّ العبد، وهنا الرد أيضاً حق العبد، وهما سواء.

وأما الإقرارُ، فليس سبباً، لكن جُعِلَ حجةً لرجحان جانب الصدق، وعند الإكراه يَتَرَجَّحُ جانبُ الكذب لدفع الضرر.

---

(١) أي في المقصود بالإكراه. منه.

(٢) أي في الإكراه. منه.

(٣) وصل. منه.

(فإن قبض) المكرَهُ **(العوضَ طَوْعاً: فهو)** أي ذلك القبضُ **(إجازةٌ)**؛ لأن القبض طائعاً دليلُ الرضا؛ لأن الإكراه على البيع لا يكون إكراهاً على القبض؛ إذ الملك يثبت بدونه في البيع، وهو مقصودُ المكرِه. وكذلك الحكم في تسليم المبيع. وإن قبضه[1] مكرَهاً، فليس بإجازة. ويرده[2] إن كان قائماً في يده، وإن كان هالكاً لا يَضْمَنُ؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، فيكون أمانةً.

(فإن هَلَكَ المبيعُ في يد المشتري وهو) أي المشتري **(غير مكرَه)** والبائعُ مكرَه **(فعليه قيمتُه)** أي على المشتري قيمةُ المبيعِ؛ لأن قبضه وَقَعَ بحكمِ عقدٍ فاسدٍ، فيكون مضموناً عليه بالقيمة.

(وللمكرَه أن يضمِّن المكرِهَ) إن شاء؛ لأنه نزل منزلة الآلة للمكرِه في إتلاف ما أُكْرِهَ، فكأنه دفع مال البائع إلى المشتري، فإن ضمَّن المكرِه يرجع على المشتري بالقيمة؛ لأنه بأداء الضمان ملكه من وقت وجود السبب بالإسناد، فقام مقام المالك البائع. وإن ضمَّن المشتري لا يرجع على المكرِه، كما لا يرجع غاصبُ الغاصبِ على الغاصبِ. ولو كان المشتري باعه من آخرَ، وتَطَاوَلَتْ البياعاتُ[3]، فله أن يضمِّن من شاء من المشترين، فإن ضمَّن المشتري الأولَ نفذ الكل، وإن ضمن الثالثَ أو الرابعَ نَفَذَ البياعاتُ التي بعد الضمان؛ لأنه إنما ملكه به، فينفذ من حين وجوده، وبطل ما قبله، بخلاف ما إذا أجاز المكرَه أحد هذه البياعات حيث نفذ ما قبل الإجازة وما بعدها؛ لأن عَدَمَ النفاذِ كان لحقه، فإذا سَقَطَ بالإجازة عاد الكل إلى الجوازِ.

(وإن أُكْرِهَ على طلاقٍ، أو عتاقٍ، ففعل: وَقَعَ)؛ لأن الإكراه لا يَسْلُبُ القَصدَ، فقد قَصَدَ وُقُوعَ الطلاقِ والعتاقِ على منكوحتِهِ، وعبده فيقع.

---

(١) أي العوض. منه.

(٢) عوض. منه.

(٣) جمع بيع. منه.

(ويَرجعُ) على المكره (بقيمةِ العبدِ) والولاءُ للمعتِق؛ لأن إتلافَ المالِ مضاف إليه سواء كان موسِراً أو معسِراً، ولا يرجع على العبد بما ضمنه؛ لأنه هو الْمُؤَاخَذُ بإتلافه، ولا سِعَايَةَ على العبد؛ لأنه صار حرّاً، ولم تُحْبَسْ ماليةُ الغيرِ عنده، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

(ونصفِ المهرِ) أي ويرجع على المكرِه بنصف المهرِ في الطلاق.

(إن كان الطلاقُ قبلَ الدخولِ)؛ لأن ما عليه من المهر كان على شَرَفِ السقوط بأن صارت الفرقة من قِبَلِ المرأة، فتأكد الوجوبُ بالطلاقِ، فكان ذلك إتلافاً بالمال، فأضيف إلى ما أكرهه. هذا إذا كان له مُسَمًّى من المهر. وإن لم يكن رَجَعَ على المكرِه ما لزمه من المتعة.

قيد بقوله: «قبل الدخول»؛ لأنه إذا دخل بها تَقَرَّرَ المهرُ بالدخولِ لا بالطلاق، فلم يجب الرجوعُ.

وفي «الاختيار»: وهكذا النذورُ، واليمينُ، والظهارُ، والرجعةُ، والإيلاءُ، والفيءُ باللسان؛ لأن هذه الأشياءَ لا تقبل الفسخَ، ويصح مع الهزلِ، والخُلعُ، ولأنه يمين أو طلاق، وعليها البدلُ إن كانت طائعةً، ولا شيء عليه فيما وجب بالنذرِ واليمينِ؛ لأنه لا مُطَالِبَ له في الدنيا، فلا يُطَالَبُ بها. والنكاحُ كالطلاقِ. فإن كان بمهر المثل، أو أقل لم يرجع بشيء؛ لأنه وَصَلَ إليه عِوَضُ ما خَرَجَ من ملكه. وإن كان بأكثرَ من مهر المثل بَطَلَت الزيادةُ؛ لأن الرضا شَرْطٌ للزوم الزيادةِ، وقد فات، وإن أُكرِهت المرأةُ، فإن كان الزوجُ كُفُؤاً بمهر المثل جاز، ولا ترجع بشيء لما بينا. وإن كان أقل، فالزوجُ إما أن يُتِمَّ لها مهرَ المثل أو يفارقَها، ولا شيء عليه إن لم يَدخل بها؛ لأن الفرقةَ جاءت من قِبَلِها حيث لم تَرْضَ بالمسمى، وإن دَخَلَ بها، وهي مكرَهَة، فلها مهرُ مثلها، وإن

كانت طائعةً، فهو[1] رضاً بالمسمى، ويبقى الاعتراضُ للأولياء عند أبي حنيفة على ما عُرِفَ.

(**فإن أُكْرِهَ على شُرْبِ الخمرِ، أو أَكْلِ الميتةِ أو**) على (**الكفرِ**) بالله تعالى، أو سبِّ النبي ﷺ (**أو على إتلافِ مالِ مسلمٍ**)، أو ذميٍّ (**بالحَبْسِ أو الضَّربِ: فليس بمكرَه**)؛ لأن شُربَ الخمرِ، وأكلَ الميتةِ، ومالَ الغيرِ مباحٌ حالةَ الْمَخْمَصَةِ[2]، وهو خَوْفُ فَوتِ النفسِ، فإذا أُكْرِهَ على ذلك بالضربِ، والحبسِ لا يَسَعُه ذلك؛ لأنه ليس في معناه، وإذا لم تُـبَحْ هذه الأشياءُ بهذا النوعِ من الإكراه لا يُبَاحُ الكفرُ؛ لأنه أعظمُ جَرِيمةً وأشدُّ حرمةً؛ لأن حُرمتها بالسمع، وحُرمةَ الكفرِ به وبالعَقلِ.

(**إلا أن يُكرَه**) على هذه الأشياء (**بإتلافِ نفسِه، أو عُضوِه: فيَسَعَه**) أي يجوز له (**أن يَفْعَلَ**) تلك الأشياءَ؛ لأنها إنما تُـبَاحُ حالةَ الاضطرارِ، والضرورةُ لا يتحقق إلا بالإكراهِ الملجِئِ، وهو الخَوفُ على نفسِه أو عضوِه ولا إثم. أما في الكفر، فلقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾[3].

(**وضَمَانُ ما أَتْلَفَ على المكرِهِ**)؛ لأن المكرَهَ صار كالآلة له في الإكراه.

(**وإن صَبـَرَ على التَّلَفِ**) أي امتنع المكرَهُ عن تناولها حتى يتحققَ الوعيدُ، وهو يَعلم الإباحةَ (**أَثِـمَ**)؛ لأن إهلاكَ النفسِ، أو العُضوِ بالامتناع عن المباحِ حرام، فيأثم.

قيدنا بقولنا: «وهو يعلم»؛ لأنه لو لم يعلم كونَه مباحاً لا يأثم؛ لأنه موضعُ الخَفاءِ، وقد اختلف فيه العلماءُ، فيعذر كما كان يعذر بجهل الخطابِ في أول الإسلامِ، أو في دارِ الحربِ في حقٍّ من أَسْلَمَ فيها (**إلا في الكُفْرِ**) وسب النبي ﷺ (**فإنه**) إن صَبرَ ولم

---

(١) طوع. منه.

(٢) مجاعة. منه.

(٣) سورة النحل: ١٠٦.

يقدِّم عليهما حتى قُتِلَ أو قُطِعَ (يُؤجَرُ) أي يصير مأجوراً، لما روي أن خُبَيْباً رضي الله عنه أخذه المشركون، وبَاعُوهُ من أهل مكةَ، فجَعَلُوا يُعَاقِبُونَهُ على أن يَسُبَّ النبي ﷺ، ولم يَسُبَّهُ، وصَبَـرَ على ذلك حتى قُتِلَ سماه النبي ﷺ سيدَ الشهداء.

فإن قلت: ما الفرق بين الخمرِ والكفرِ حيث أَثِـمَ بالصَّبرِ في الأول وأُجِرَ به في الثاني، وكلاهما مستثنيان في النص؟

قلنا: الاستثناءُ في الكفرِ راجع إلى الغضب، فانتفى من المكرَه على الكفر الغضبُ دون الحرمةِ؛ لأن الآيةَ المذكورةَ فيه قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾[1]. ذكر في «الكشاف»: «من كَفَرَ بالله» شَرْطٌ، وجوابه محذوف؛ لأن جوابَ «مَنْ شَرَحَ» دال عليه، فكأنه قيل: من كَفَرَ بالله فعليهم غضب، وفي الخمر[2] راجع إلى الحرمة؛ لأن الآيةَ المذكورةَ فيه قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمۡ أَلَّا تَأۡكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَقَدۡ[3] فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ إِلَّا مَا ٱضۡطُرِرۡتُمۡ إِلَيۡهِ﴾[4]، والمستثنى من الحرام يكون حلالًا. ومن امتنع عن الطعام الحلال حتى أُتْلِفَ يكون آثماً.

وفي «الاختيار»: وكذلك لو توعدوه[5] بضربٍ يخاف منه على نفسه أو بقطع عضو منه ولو[6] أَنْـمَلَة؛ لأن حرمةَ الأعضاءِ كحرمة النفس. ألا يرى أنه كما لا يباح له القتلُ حالةَ المخمصة لا يباح له قطعُ العضوِ. ولو خوَّفوه بالجوع لا يفعل حتى

---

(١) سورة النحل: ١٠٦.

(٢) إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. منه.

(٣) حال. منه.

(٤) سورة الأنعام: ١١٩.

(٥) أي خوفوه. منه.

(٦) وصل. منه.

يَجوعَ جوعاً يخاف منه التلفَ، فيصير كالْمُفْطِر. ومن هذا القبيل ترك الصلوات الخمس، وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب. ولو أُكْرِهَ الذمي على الإسلام صح إسلامه، كما لو قوتل الحربي على الإسلام، فأسلم، فإنه يصح بالإجماع، قال تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَسْلَمَ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾[1]، سَمَّى المكرَهَ على الإسلام مسلماً، فإن رَجَعَ الذميُّ لا يُقتَل لكن يُحْبَسُ حتى يُسْلِمَ.

(فإن أُكْرِهَ بالقتلِ على القتلِ: لم يَفْعَل) القتلَ (ويَصْبِر) المكرَهُ (على القَتْلِ) حتى يُقتل؛ لأن قتلَ المسلم حرام لا يباح لضرورة، وكذا قطعُ العضوِ.

(فإن قَتَلَ) المكرَهُ: (أَثِـمَ)؛ لأن الحرمةَ باقية.

(والقصاصُ على المكرِه) إن كان عمداً، هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يجب القصاصُ عليهما جميعاً، بل وجبت الديةُ من مال المكرِهِ.

وقال زفر: يجب القصاصُ المكرَه؛ لأن المباشرةَ موجِبةٌ للقتلِ، ولهذا تعلق به الإثم، فكذا القصاص.

وعند الشافعي: يجب القصاصُ عليهما جميعاً؛ لأن الفاعلَ قَاتِلٌ حقيقةً، والآمِرَ قاتلٌ سبباً، وللمسبِّبِ حكمُ المباشر[2]، فيجب عليهما.

لأبي يوسف: أن المكرَه قاتل حقيقةً لا حُكماً، والمكرِه قاتل حُكماً لا حقيقة، فتمكنت الشبهةُ في كل منهما، فسقط القصاصُ، ووجب الديةُ، إلا أن العاقلةَ لا يتحملها؛ لأنه عمد.

ولهما: أن الأصلَ في الأفعالِ أن يؤاخَذ بها فاعلُها، إلا أَنَّ الشرعَ أَسْقَطَ حُكمَ فعلِهِ فيما يَصلُح أن يكون الفاعلُ آلةً للآمِرِ كالإكراهِ على إتلافِ المالِ، فإن الحكمَ

---

(١) سورة آل عمران: ٨٣.

(٢) قاتل. منه.

فيه راجع إلى الآمِرِ اتفاقاً؛ لأنه يمكن أن يأخذه، ويُلْقِيَ على مالِ إنسانٍ، فأتلفه، ففي القتل يكون كذلك. وأما فيما لا يصلح كالأقوال من الطلاق وغيره، فحكم الفعل راجعٌ إلى الفاعلِ، فإن كان فيما لا يَنْفَسِخُ لم يبطل بالإكراه كالطلاقِ، والعتاقِ، والنذرِ، واليمينِ، وإن كان فيما ينفسخ يتوقف على الرضاء كالبيع ونحوه يَقتصر على المباشِرِ، إلا أنه يَفسد لعدم الرضاء.

(وإن أُكْرِهَ على الردةِ) فارْتَدَّ نعوذ بالله (لم تَبِن امرأتُه منه) لاحتمال أن يكون قلبُه مطمئناً بالإيمان، ولا يكفُر، فوَقَعَ الشكُّ في ارتداده حقيقةً، فلا يرتفع به النكاحُ الثابتُ بيقين، بخلاف ما لو أُكْرِهَ على الإسلامِ حيث يصير مسلماً؛ لأن الإسلامَ يثبت مع قيام الاحتمال لعلوه. ولو اختلفا[1] في عدم الاعتقادِ، فالقول قوله؛ لأنه لا يُعْرَفُ إلا من جهته.

(وإن أُكْرِهَ على الزنا) فَزَنَى (فلا حَدَّ عليه) ويأثم بالفعل. ولو صبر كان مأجوراً كالقتل؛ لأن الزنا لا يباح بوجهٍ ما.

وقال زفر: يحد؛ لأن انتشارَ الآلة دليل الطواعية فيحد.

ولنا: أن انتشار الآلة قد يكون طبعاً لا طوعاً كانتشار آلة الصبي، فلا يحد للشبهة.

وفي «الاختيار»: ولو أكرِهت المرأةُ وَسِعَها ذلك[2]، ولا تأثم، نص عليه محمد؛ لأن الفاعلَ الرجلُ دونها؛ لأن الإيلاجَ فعلُه، فلم يتحقق الزنا منها، لكن تمكينَها وسيلة إلى فعله، فتباحُ عند الضرورةِ.

ولو أمره ولم يكرِهه في هذه المسائل كلها إلا أنه يخاف من القتل إن لم يفعل، فهو في حكم المكرَه؛ لأن الإلجاءَ باعتبار الخوفِ، وقد تحقق.

---

(١) زوجان. منه.

(٢) زنى. منه.

كتاب الدعوى

الادعاءُ افتعالٌ من دَعَا، والدعوى اسم منه ألفه للتأنيث، وجمعه دعاوى بفتح الواو كالصحارى، ومشتق من الدعاء، وهو الطلب.

وفي الشرع: قولٌ يطلب به الإنسانُ إثباتَ حقٍّ على الغير لنفسه.

والبينةُ من البيان، وهو الكشفُ والإظهارُ، وهي في الشرع تُظْهِرُ صِدقَ المدعِي، وتَكشِف الحقَّ.

(**المدعي: من لا يُجْبَرُ على الخصومةِ**) إن تَرَكَهَا.

(**والمدعى عليه: من يُجْبَرُ**) على الخصومة.

وقال محمد: المدعَى عليه من يكفيه مجردُ الإنكار.

اعلم أن الدعوى إذا صحت عند القاضي أوجبت على الخصم الحضورَ إلى مجلس القاضي. فإذا حضر وادعى عليه وجب عليه الجوابُ بـ«لا» أو «نعم»، حتى لو سكت كان إنكاراً يسمع البينةَ عليه دفعاً للضرر عن المدعي إلا أن يكون أخرسَ.

(**ولا بد أن يكون الدعوى بشيءٍ معلومِ الجنسِ، والقَدرِ**)؛ لأن الغرضَ من الدعوى إلزامُ المدعى عليه عند البرهان، وإلزامُ المجهولِ لا يصح.

وفي «الذخيرة»: مثلاً إذا كان المدعَى مكيلاً لا بد له من بيان جنسه بأنه حنطةٌ أو شعيرٌ، ونوعِه بأنها مسقِية أو برية، ووصفِها بأنها جيدة أو وسط أو رديئة، وقدرِها بأن يقول: كذا قفيزاً، وسببِ وجوبها؛ لأن أحكامَ العين يَختلف باختلاِف

أسبابِها، فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء، ليقع التحرزُ عن الاختلاف، وعن الاستبدال به قبل القبض، وإن ادعى الدقيقَ بالقفيز لا يصح لانكباسه بالكبس، فلا بد من ذكر الوزن، ومن أنه دقيقُ بُرٍّ يابسٍ، أو مغسولٍ، ومن أنه منخول أو غير منخول.

(فإن كان) المدعي **(دَيْناً ذَكر)** المدعي **(أنه يُطالبه)** أي المدعَى عليه **(به)** أي بذلك الدين؛ لأن فائدةَ الدعوى إجبارُ القاضي المدعى عليه على إيفاء حق المدعي، وليس للقاضي ذلك إلا إذا طالبه به فامتنع، ولا بد من ذكر الوصف، كما مر؛ لأنه لا يُعرف إلا به.

(وإن كان) المدعى **(عيناً)** حاضرةً في يده **(كُلِّفَ المدعى عليه إحضارَها)** ليُشير المدعي إليها بالدعوى، كما في الشهادة والاستحلاف، حتى قالوا: لو لم يمكن إحضاره كالرحى ونحوه حَضَرَ الحاكمُ أو بَعَثَ أمينَه.

(فإن لم تكن حاضرةً) في يده **(ذَكَرَ)** المدعي **(قيمتَها)** ليصير المدعى معلوماً به.

قال الفقيه أبو الليث: يُشترط مع ذلك في الحيوان ذكرُ الذكورة والأنوثة.

وفي «الذخيرة» و«الكافي»: لو لم يُبين قيمتَها ذكر في عامة الكتب أنه يسمع دعواه؛ لأن الإنسانَ ربما لا يعرِف قيمةَ ماله، فلو كلف بيانها لتَضَرَّرَ به، فإذا سقط بيانُ القيمة عن المدعي سقط عن الشهود أيضاً، بل أولى.

(وإن كان) المدعي **(عقاراً ذكر)** المدعي **(حدودَه الأربعةَ، وأسماءَ أصحابها)** أي أصحاب الحدود **(ونَسَبَهم)** أي نَسَبَ أصحابها **(إلى الجدِّ، وذَكَرَ المحلةَ، والبلدَ)**؛ لأن العقار لا يمكن إحضارُه، فتعذر تعريفه بالإشارة، فيُعرف بالحدود، ويبدأ بذكر البلدة؛ لأنه أعم، ثم بالمحلة التي فيها العقار، ثم يبين الحدودَ؛ لأن

التعريفَ يقع بذلك. ولا بد من ذكر أسماء أصحاب الحدود، وأسماء آبائهم وأجدادهم؛ لأنه أبلغُ في التعريف، وفي ذكر الجد خلافُ أبي يوسف، وقد تقدم. وإن كان الرجلُ مشهوراً لا يُحتاج إلى ذِكرِ النسبِ لوجودِ التعريفِ بدونه. وكذلك يجب على الشهود ذكر الحدود، كما مر. ولو ذكروا ثلاثة حدوده[1]، وسكتوا عن الرابع تقبل عندنا.

وقال زفر: لا تقبل؛ لأن تعريفَ العقارِ إنما يَحصل بذكر الحدود الأربعة، ولهذا لو غَلِطَ في الرابع لا تُقبَل.

ولنا: أن للأكثرِ حُكمَ الكل، بخلاف ما إذا غَلِط؛ لأنه يَختلف به المدعى، هذا إذا كان العقارُ غيرَ مشهورٍ. وأما إذا كان مشهوراً، فكذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: يُكْتَفَى بالشُّهرةِ في المشهور؛ لأن الغرضَ من التحديدِ التعريفُ، وذا حاصل بالشهرةِ.

وله: أن العقارَ المشهورَ قد يُزاد فيه، ويُنقَص، ويَبْقَى مجهولاً، فلا بد من ذكر حدوده ليُفرقَ.

(**ثم يذكر**) المدعي (**أنه**) أي العقارُ (**في يد المدعى عليه**)؛ لأنه إنما يكون خصماً بكونه في يده، قالوا هذا في المنقول؛ لأن اليد فيه معاين. وأما في العقار فلا بد من علم القاضي، أو إقامة البينة على أنه في يد المدعى عليه؛ لأن اليد فيه غيرُ مشاهَدٍ، ولعله كان في يد غيرِهما وتَوَاضَعَا[2] عليه ليكون وسيلةً إلى أخذه بحكم القاضي.

(**وأنه**) أي المدعي (**يُطالبه**) أي يُطالب المدعَى عليه (**به**) أي بالعقار لاحتمال

---

(١) عقار. منه.

(٢) أي اتفقا سرّاً على أن يكون المدعى في يد المدعى عليه. منه.

أن يكون مرهوناً في يده، وإنما يزول الاحتمالُ بطلبه، حتى قيل: يجب أن يقولَ: إنه في يده بغير حقٍّ.

(**فإذا صَحَّتِ الدعوى سَأَلَ القاضِي المدعَى عليه**) عن دعواه لِيَنْكَشِفَ له وجهُ القضاء، ولوجوب الجوابِ عليه؛ لأن الحكمَ بالبيّنةِ يخالف الحكمَ بالإقرار؛ لأن الإقرارَ حُجةٌ مُلزِمة بنفسه، ولا يُحتاج فيه إلى القضاء، بخلاف البيّنة؛ لأنها إنما تصير حُجةً باتصال القضاء بها.

(**فإن اعترَف، أو أقام المدعي البيّنةَ**) بعد إنكار المدعَى عليه (**قَضَى عليه**).

أما الاعترافُ، فلأنه لا تهمة فيه، قال تعالى: ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾[١] أي شاهدٌ.

وأما البيّنة، فلأنها تُظْهِرُ الحق وتَـكشِف صِدقَ الدعوى، فيَقْضِي بها، كما مر، وعلى هذا الإجماعُ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع: رجل باع عقاراً، وامرأته[٢]، أو ولده، أو بعضُ أقاربه حاضرٌ، ولم يقل شيئاً، ثم ادعى على المشتري من كان حاضراً وقتَ البيع أن العقارَ له.

قال نجم الدين النسفي: اتفق مشايخنا أن هذه الدعوى لا تُسمع، وهي تلبيس محض، وحضوره وترك منازعته فيما يُصنَع إقرارٌ منه أنه ملك البائع، وجُعِلَ سكوته في هذه الحالة كالإفصاح للإقرار دلالةً قطعاً للأطماع الفاسدة، هكذا ذكر في «فتاوى النسفي».

---

(١) سورة القيامة: ١٤.

(٢) حال. منه.

(وإلا) أي وإن لم يعترف ولم يُقم المدعي البينةَ (يَستحلِفُ) القاضي، لقوله ﷺ: «ألك بينة؟ قال: لا، قال: فلك يمينه»، ولا بد من طلب المدعي استحلافَه؛ لأن اليمينَ حقه.

وفي «البزازي»: برهن على أن لـه كذا على الميت يُحلَّف[١] على أنه ما استوفاه، ولا شيئاً منه وإن[٢] لم يدع الورثةُ الاستيفاءَ.

(فإن حَلَفَ) المدعى عليه (انقطعت الخصومةُ) لقوله ﷺ: «ليس لك غيرُ ذلك» فيما روينا من الحديث (حتى تقومَ البينةُ) فإن قامت البينة بعد حلفه تُقبل، لقوله ﷺ: «اليمين الفاجرة[٣] أحق أن تُرد من البينة العادلة»، ولأن[٤] طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلد ولم يُحضرها، ولأن[٥] اليمين بدل عن البيّنة، فإذا قَدَرَ على الأصل بطل حُكم الخلف، كذا في «الاختيار».

وفي «المحيط»: إن كان المدعى عليه صبيّاً محجوراً ولم يكن للمدعي بينةٌ لا يكون له حق إحضاره إلى باب القاضي؛ لأنه لا يتوجه عليه اليمينُ؛ لأنه لو نكل لا يُقضى بنكوله، وإن كان له بينةٌ، وهو يدعي الاستهلاكَ كان له حق إحضاره إلى باب القاضي؛ لأن الصبي يؤخذ بأفعاله، والشهودُ يحتاجون إلى الإشارة إليه، لكن يحضر معه وليه، فيؤمر بالأداء عنه.

وفي «فصول الأستروشني» في أواخر الفصل الثالث: أن المديون إذا حلف أن لا دين له عليه، ثم أقام المدعي بينة على الدين عند محمد لا يظهر كذبه في الحلف؛ لأن البينة حجة من حيث الظاهرُ، فلا يظهر كذبه في يمينه.

---

(١) مدعي. منه.

(٢) وصل. منه.

(٣) أي الكاذبة. منه.

(٤) دليل ثاني. منه.

(٥) دليل ثالث. منه.

وعند أبي يوسف: يظهر كذبه في يمينه.

(وإن نَكَلَ) المدعى عليه **(يَقْضِي)** القاضي **(عليه بالنكول)**؛ لأن النكول اعتراف[١]، وإلا يحلف دفعاً للضرر عنه، وقطعاً للخصومة، فكان نكوله إقراراً أو بذلاً فيقضي به.

(فإن قضى) القاضي **(عليه أوَّلَ ما نَكَلَ)** ولم يؤخر حكمه **(جاز)**؛ لأنه[٢] حجة كالإقرار.

(والأولى أن يَعْرِضَ) القاضي **(عليه اليمينَ ثلاثاً)** بأن يقول الحاكم ثلاث مرات: إن لم تحلف ألزمتك ما ادعاه.

(ثم يقضي عليه) إن أبى عنه، وألزمه المالَ، هكذا فعل أبو يوسف مع دليل الخليفة. ولو قال المدعى عليه بعد النكول عن اليمين ثلاث مرات: أنا أَحْلِفُ إن كان قبل القضاء حلَّفه القاضي لكونه مختلَفاً فيه، وإن كان بعده لم يُحلّفه؛ لأن النكولَ بمنزلة الإقرارِ. ولو أقر، ثم قال: أَحلف لا يُسمع منه، فكذا هذا. ولا بد من أن يكون النكولُ في مجلس القضاء.

(والنكولُ يَثبتُ بقوله: لا أَحْلِفُ)؛ لأنه صريح فيه **(وبالسكوتِ)** أي ويَثبت بالسكوت؛ لأنه دلالةٌ عليه **(إلا أن يكونَ به)** أي بالمدعَى عليه **(خَرَسٌ)** وهو بالتحريك مصدرٌ. الأخرسُ: وهو الذي لا يَقدِرُ النُّطْقَ **(أو طَرَشٌ)** وهو الثِّقلُ في الأُذنِ فيُعْذَرُ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني عشر: ادعى على آخرَ شيئاً، فأقام المدعَى عليه بينةً إنك أبرأتني عن الدعاوى كلها في سنة كذا، يصح هذا الدفعُ.

---

(١) وإن لم يكن نكوله اعترافاً يحلف إلى آخره. منه.

(٢) أي النكول. منه.

(ولا تُـرَدُّ اليمينُ على المدَّعِي) عند نكول المدعَى عليه.

قال الشافعي: إذا لم يكن للمدعي بينةٌ، ولم يَحْلِف المدعَى عليه، رَدَّ الحاكمُ اليمينَ على المدعِي. فإن حَلف قَضَى له، وإلا لا؛ لأن الظاهرَ صار شاهداً للمدعِي عند نكول خصمه، فيُعْتَبـرُ يمينه كالمدعَى عليه.

ولنا: قوله ﷺ: «البينّةُ للمدعِي، واليمينُ على من أنكر»، قَسَمَ ﷺ بينهما، والقِسمةُ تُنَافِي الشَّركَةَ.

وفي «النهاية»: لو اصطلحا على أن المدعِي لو حَلَفَ، فالمدعَى عليه ضامن للمال، فالصُّلْحُ باطل، ولا شيء على المدعَى عليه، ويلزم من تلك القسمةِ عدمُ جَوَازِ القضاءِ بالشاهدِ واليمينِ؛ لأن ما رويناه يَنفي أن يكونَ للمدعِي يمين معتبرة، فيَبْقَى بشاهدٍ مجردٍ، وأنه خلافُ الإجماع.

قال الشافعي: إذا أقام المدعِي شاهداً واحداً، ولم يكن له شاهد آخَرُ، وحلف على ما ادعى، قَضَى له الحاكمُ، لما روي أنه ﷺ قَضَى بشاهدٍ ويمينٍ.

ولنا: قوله ﷺ: «البينةُ للمدعِي، واليمينُ على من أنكر» حديث مشهور قريب من التواتر، وما رواه يُخالفه، فيكون مَرْدوداً؛ لأن خبرَ الآحادِ إذا وَرَدَ معارضاً للخبرِ المشهورِ يُـرَدُّ، فلا يُعَارضه[1].

وفي «المحيط»: لو قَضَى القاضي بشاهدٍ ويمينٍ لا يَنفذ؛ لأنه خِلافُ التنزيلِ[2].

(وإن قال: لي بيّنةٌ حاضرةٌ في المصر، فطَلَبَ) المدعِي من القاضي (يمينَ خصمِه: لم يُستحلَفْ) القاضي خصمَه عند أبي حنيفة.

---

(١) ورده أئمة الحديث كيحي بن معين. منه.

(٢) قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٢]. منه.

وقالا: يَستَحلفه؛ لأن اليمينَ حَقُّه، ولا يَبطل إلا بإقامة البينة لا بالقدرةِ عليها، واعترافُه بالبيّنة لا يكونُ اعترافاً بسقوط اليمين.

وله: قوله ﷺ: «أَلَكَ بينةٌ؟ قال: لا، قال: فلك يمينه»، رَتَّبَ اليمينَ على عدم البينةِ، فلا يجب مع وجودها.

وفي «المحيط»: إذا قال المدعي: ليس لي بينةٌ على هذا، ثم أقام البينةَ عليه لا تُقبَل عند أبي حنيفة؛ لأنه كَذَّبَ بينتَه، وتقبَل عند محمد؛ لأنه يَحتمل أنه كان له بينةٌ، ونَسِيَها.

(**ويَأخذُ**) المدعِي في هذه المسألة (**منه**) أي من المدعَى عليه (**كفيلاً بنفسه ثلاثةَ أيامٍ**) لئلا يَضِيعَ حقُّ المدعِي إذا أحضرها. وكذا لو أقام البينة قبل القضاء لاحتمال أنه يغيب قبل القضاء. وإذا كان المدعَى عليه معروفاً، والظاهرُ من حاله أنه لا يُخفِي نفسَه بذلك القَدرِ من المال، لا يُجْبَرُ على إعطاء الكفيل، كذا في «التبيين».

ولا يأخذ كفيلاً إذا قال: بيّنتي غائبة؛ لأن الغائبَ كالهالك من وجهٍ، فلا فائدةَ في الكفيل.

(**وإلا**) أي وإن لم يُعطِ المدعَى عليه كفيلاً بنفسه (**يُلاَزِمُهُ**) المدعِي أي يَدُورُ معه حيث صار حِفْظاً لحقه، ولا يُجْبِرُهُ القاضي على الكفيل اتفاقاً.

(**وإن كان**) المدعَى عليه (**غريباً**) أي مسافراً في الطريق (**يُلاَزِمُهُ مقدارَ مجلسِ القاضي**) أي إلى أن يَقُومَ عن مجلسه؛ لأن في الملازمةِ أكثرَ من ذلك إضراراً على خصمه من حيث مَنْعُهُ السَّفَرَ.

وفي «الاختيار»: وهذا إذا كان حقّاً لا يَسقط بالشبهةِ. أما الحدودُ والقصاصُ في النفس، فلا يأخذ منه كفيلاً.

وقالا: يأخذ منه كفيلاً في حد القذف، وفي السرقة إن ادعى المال.

وفي «فصول الأستروشني»: إذا تَعَلَّقَ برجل، وخاصمه، فسَقَطَ من التعلقِ به شيء، فضاع يَضمن المتعلِّق.

(ولا يُستحلَفُ في النكاحِ) أي في نكاحٍ مجردٍ، كما إذا ادعى رجل على امرأةٍ، أو هي عليه نكاحاً.

(والرَّجْعَةِ) كما إذا ادعت عليه، أو هو عليها بعد العدة أنه رَاجَعَها، وأَنْكَرَ الآخَرُ.

(والفيءِ في الإيلاءِ) كما إذا ادعى الْمُولِي عليها، أو هي عليه بعد مدةِ الإيلاءِ أنه فَاءَ فيها، وأنكرَ الآخَرُ.

(والرِّقِّ) كادعاء رجلٍ على مجهولِ النسب أنه عبده، أو هو يدَّعِي عليه، والآخَرُ يُنكِرُ.

(والاستيلادِ) بأن ادعت أمةٌ على سيدها أنها ولدت منه، وأنكره، ولا يَتأتى هذا من الجانب الآخَرِ؛ إذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلادُ بإقراره، ولا يُعتبر بإنكارها. وهذا مُلْحَق بالأشياءِ الستةِ؛ لأن الدعوى فيه دعوى النسبِ أو الرقِّ.

(والنسبِ) بأن يدَّعِي على مجهول النسب أنه ابنُه، أو هو يَدَّعِي عليه أنه أبوه، والآخَرُ ينكر.

(والوَلاءِ) بأن ادعى على رجل أنه مُعتَقه، أو ادعى هو أنه مُعتِقه، أو كان ذلك في وَلاء الموالات، والآخَرُ ينكرُ. وهذا كله عند أبي حنيفة، ويُصَدَّقُ المنكِر بلا يمين، فيَبقَى ما كان على ما كان.

وقالا يُستحلَفُ في هذه الأشياء.

وقيل: يُفتَى بقولهما، قائله قاضيخان في «شرح الجامع الصغير».

وكذا اختار الفقيه أبو الليث، الفتوى على قولهما لعموم البلوى.

وقيل: يَنظر القاضي في حال المدعِي، فإن رَآه مُتَعَنِّتاً يأخذ بقولهما، وإن رآه مظلوماً يأخذ بقوله.

قيدنا بـ«المجرد»؛ لأن المقصودَ من دعوى النكاحِ لو كان هو المالَ، كما إذا ادعت على رجل أنه تزوجها بألفٍ، وطلَّقها قبل الدخول، ولها عليه نصفَ المهرِ، فإنه يُستَحلَف اتفاقاً، ويَلزَمه المالُ بنكوله، ولا يَثبت النكاحُ. وكذا لو ادعت به الإِرثَ والنفقةَ، وامتناعَ الرجوع في الهبة، والنَّسَبَ يثبت هذه الحقوقُ من «الحقائق».

لهما: أن النكولَ في معنى الإقرار دون بَذلِ الحق على المدعِي بدليل أنه يُعتَبر من المأذونِ والمكاتَبِ، وهما لا يَـملِكان البَذلَ، فإذا كان إقراراً، فالإقرارُ يَجْرِي في هذه الأشياء، فيَجْرِي الاستحلاف كما في الأموال. وإنما لم يُجْعَل إقراراً في الحدود؛ لأنها لا تثبت بما فيه شُبهة كالشهادةِ على الشهادةِ، والنكولُ في معنى الإقرار، لكن فيه شبهةُ البَذلِ، فلذا لم يثبت الحدودُ به، ولم يجز الاستحلافُ بها لخلوه عن فائدة، وهي القضاءُ بالنكول.

وله: أن النكولَ في معنى البَذلِ؛ لأنه لو جُعِلَ إقراراً، لصار كاذباً في إنكاره، ولو جُعِلَ بَذلاً لا يكونُ كاذباً؛ لأنه يُحْمَلُ على أنه يُعْطِيهِ لقطع الخصومةِ، فحَمَلَه على البَذلِ يكونُ أولى صِيَانَةً للمسلم عن أن يُظَنَّ به الكذبُ، فإذا كان بَذلاً، فالبَذلُ لا يَجِري في هذه الحقوق؛ لأنه إنما يَجْرِي فيما يُستباح بالإباحةِ كالأموالِ، وهذه الأشياءُ لا يجري فيها الاستباحةُ، فلا يَجْرِي الاستحلافُ.

وإنما اعتبر النكولُ من المأذونِ والمكاتبِ؛ لأنه بَذل لضرورةِ دَفع الخصومةِ، فيَدخل تحت الإذنِ في التجارةِ، كما يَدخل الضيافةُ اليَسِيرَةُ[1].

فإن قيل: لو كان النكولُ بَذلاً لَمَا صح في الدَّيْنِ؛ لأن البَذْلَ إنما يكونُ في الأَعيانِ، والدَّين وَصف في الذمة؟

قلنا: معنى البَذْلِ هنا تَرْكُ الْمَنْعِ، وهو جائز في المال؛ لأن أمرَه هَيِّنٌ، ولا كذلك الأشياء الستة.

فإن قيل: هذا تعليل مخالف للحديثِ المشهورِ، وهو قوله ﷺ: «واليمينُ على من أنكر»؟

قلنا: خُصَّ منه الحدودُ، فجاز تَخْصِيصُه بالقياس.

(**والحدودِ**) اتفاقاً، كما إذا ادعى عليه القذفَ، فأنكره. وكذا في اللعان، كما إذا ادعت على زوجها أنه قَذَفَها قَذْفاً مُوجِباً للعان، فأنكره.

قال الصدر الشهيد: لا يُستَحْلَفُ في الحدودِ اتفاقاً، إلا إذا تضمن معنى آخَرَ بأن علَّق عِتقَه بزناه، فادعى العبدُ أنه زَنَى، ولا بيّنةَ له يُستحلَف المولى، حتى إذا نكل ثبت العِتقُ دون الزنا.

(**ويُستحلَفُ** في دعوى **القصاصِ**) بالإجماع. فإن حلف انقطع الخصومةُ اتفاقاً.

(**فإن نَكَلَ: اقتُصَّ منه في الأَطْرَافِ**) أي الأَعْضَاءِ.

(**وفي النَّفْسِ**) يعني إن نكل في دعوى القصاص في النَّفْسِ (**يُحْبَسُ حتى يَحلِفَ، أو يُقِرَّ**) بالجناية عند أبي حنيفة.

---

(١) تحت الإذن. منه.

وقالا: يلزمه الأَرْشُ في الأَطْرَافِ والدِّيَةُ في النَّفْسِ؛ لأن النكولَ إقرارٌ عندهما، لكن فيه شُبْهَةُ البَذْلِ، فيَمْتَنِعُ في الأَطْرَافِ بما فيه شُبهَةٌ القصاصُ[1]، كما في النفس، فيجب المالُ فيهما لتعذر القصاصِ.

وله: أن النكولَ بَذلٌ عنده، فلا يمكن إيجابُ الديةِ مع بَذلِ النَّفْسِ، فيجب الحبسُ حتى يُقِرَّ أو يَحلِف؛ لأن اليمينَ حقٌّ مستحقٌّ، فالحبسُ مشروع لأجله، كما في القَسَامَةِ إذا امتَنَعَ واحد من المحلة، أو كلهم عن اليمين.

وأما الأطراف، فمُلْحَقَةٌ بالأَموالِ من جهةِ أنها مخلوقة لوقاية[2] النفسِ كالمالِ والبَذلِ كان يَجْرِي فيها فكذا فيما[3] أُلْحِقَ بها، ولهذا لو قال: اقْطَعْ يدي، فقَطَعَها لا يَضمن، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

(وإن ادَّعَت طلاقاً قبلَ الدخولِ: استُحْلِفَ) الزوجُ؛ لأنه دَعوَى مَالٍ.

(فإن نكل: قُضِيَ عليه بنصف المهر) لما قلنا.

* * *

---

(١) فاعل «يمتنع». منه.

(٢) حفظ. منه.

(٣) وهو الأطراف. منه.

[فصل في صفة اليمين]

(واليمينُ: بالله تعالى، لا غَيْـرُ) أي لا يحلف بالغيـرِ كالطلاقِ والعتاقِ، لقوله ﷺ: «من كان منكم حالفاً، فليَحلِف بالله، أو لِيَذَرْ».

وقيل: في زماننا سَاغَ[1] للقاضي أن يُحلِّفَ بهما إذا ألَـحَّ الخَصمُ لقلة المبالات باليمين بالله، لكن إذا نكل عنه لا يَقضِي عليه؛ لأنه امتنع عما هو مَنْهِيٌّ عنه.

ولو قَضَى لا يَنفذ.

ولو طلب المدعَى عليه تَحلِيفَ الشاهِدِ لا يُجِيبه القاضي؛ لأنا أُمِرنَا بإكرام الشهودِ، كذا في «التبيين».

(ويُغَلَّظُ) اليمينُ (بأوصافِه تعالى إن شاء القاضي) بأن قال: والله الذي يَعلم السرَّ، وأَخْفَى[2] ونحوها.

قيل: التوكيدُ يكون في الحالفِ الفاسِقِ.

وقيل: في المال الخطير[3] دون الحَقِيرِ.

ولو حلف وامتنع عن توكيده بالأوصاف لا يُقْضَى عليه؛ لأن المقصودَ وهو الحلفُ بالله قد حَصَلَ.

وذكر الكرخي عن أصحابنا: أن اليمين تكون على نية الحالف إن كان مظلوماً، وعلى نية المستحلِفِ إن كان ظالماً. وهذا فيما إذا حلف على أمرٍ مستقبلٍ، فهو على نية الحالف لا على نية المستحلفِ؛ لأنه العاقدُ لليمين، كذا في «الينابيع».

---

(١) جاز. منه.

(٢) من السر، وهو ما يخطر في القلب. منه.

(٣) محترم. منه.

(ولا يُغَلَّظُ بزمانٍ) كالتحليف في يوم الجمعة (ولا مكانٍ) كالتحليف في المسجد؛ لأن ذلك زيادةٌ على نصٍّ.

وعند الشافعي: يغلظ بالزمان والمكان.

(ويَحْتَاطُ) القاضي أي يَحْفَظُ نَفْسَه (من التكرارِ) أي من تكرار اليمينِ على المدعَى عليه بإدخال الحروفِ العاطفةِ بين الأسماء بأن لا يقولَ: والله، والرحمنِ، والرحيمِ؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة.

(ويُستَحْلَفُ اليهوديُّ) ويقول: (باللهِ الذي أَنْزَلَ التوراةَ على موسى).

(والنَّصْرَانِـيُّ: بالله الذي أنزل الإنجيلَ على عيسى).

(والمجوسيُّ: بالله الذي خَلَقَ النَّارَ).

فيُغَلَّظُ اليمينُ على كل طائفة بحيث ما يَعْتَقِدُونَ تعظيمَه؛ لأن النصراني يُعَظِّمُ الإنجيلَ والمجوسيَّ يُعَظِّمُ النارَ كتعظيم اليهود التوراةَ، فيُحَلَّفُون بما يكون أعظمَ في صدورهم.

(و) يحلف (الوثنيُّ: بالله)؛ لأنهم يَعتقدون اللهَ تعالى، قال تعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾[(١)].

وفي «الاختيار»: والمذكورُ في المجوسي قولُ محمد.

أما عندهما: فيحلَّف بالله لا غيرُ؛ لأن التغليظَ بغير الله لا يجوز، ولأن ذِكرَ النارِ مع ذكرِ الله تعالى تعظيمٌ لها، فلا يجوز.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يحلَّفُ أحدٌ إلا بالله خالصاً.

---

(١) سورة الزخرف: ٨٧.

ولو اقتُصِرَ في الكل على قوله: بالله فهو كَافٍ؛ لأن الزيادةَ للتأكيد، كما قلنا في المسلم. وإنما يغلَّظ ليكونَ أعظمَ في قلوبهم، فلا يَتَجَاسَرُون على اليمينِ الكاذبةِ.

(ولا يُحلَّفون في بيوتِ عباداتهم)؛ لأن القاضي ممنوع عن حضورها، ويُستَحْلَفُ الأَخْرَسُ، فيقول له القاضي: عليك عَهْدُ الله إن كان لهذا عليك هذا الحقُّ، ويُشيرُ الأَخْرَسُ برأسه أي نعم.

(ويُستحلَف) المدعي عليه **(في البيعِ: إذا جَحَدَه بالله ما بينكما بيعٌ قائمٌ في الحالِ فيما ذَكَرَ)** المدعِي من البيعِ، يعني يقال له: احلف على ألا يكونَ بينكما بَيْعٌ قائمٌ في الحالِ في هذا المبيعِ، ويقول عند الحلف: بالله ما بيننا بيع قائم فيه ما فيما بينكما نافيةٌ.

(وفي الغصبِ، والسَّرقةِ: بالله ما يَستحقُّ عليك ردُّه) يعني إذا ادعى غَصْبَ شيءٍ، فأنكر خَصمُه يقال له: احلف على أن المدعِي لا يَستحق عليك رَدَّ ما ادعاه، ويقول في حلفه: ما يجب عليَّ رَدُّ ما ادعاه.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان الثوبُ قائماً، وإن كان هالكاً يُستحلَفُ على القيمةِ، لا غيرُ.

وقيل: يُحلف على الثوبِ والقيمةِ جميعاً عند أبي حنيفة.

وعندهما: يحلف على القيمةِ بناءً على أن عندهما الحقّ في القيمة لا في العينِ.

وعنده: الحقُّ في العينِ لا في القيمةِ ما لم يَقضِ القاضي بالقيمةِ، أو يَتَرَاضَيَا عليها، حتى لو اصطلحا على أكثرَ من قيمته جاز عنده، خلافاً لهما.

(وفي النكاحِ) يعني في دعوى النكاح يقال له: احلف على أن **(ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحالِ)** وفي حلفه يقول: ما بيننا، وهذا على قولهما؛ إذ الاستحلافُ في النكاحِ غيرُ جائزٍ على قوله.

(**وفي الطلاقِ**) يقال للزوج إذا أنكر الطلاقَ: احلف على أن (**ما هي بائن منك الساعةَ**) بما قالت.

(**وفي الوديعةِ**) يعني في دعوى الوديعة يقال للمودَع: احلف على أن (**ما لَه**[١] **هذا الذي ادعاه في يدِكَ وديعةٌ، ولا شيءَ منه، ولا له**[٢] **قِبَلَكَ حقٌّ**).

(**يُحَلِّفُهُ**) أي يحلف القاضي المدعَى عليه في جميع ذلك (**على الحاصل**) ولا يحلفه على نفي السبب، فلا يقول في البيعِ: بالله ما بعتُ لاحتمالِ أنه باع، ثم أَقَالَ، ولا يقول في الغصب: بالله ما غَصَبْتُ لاحتمالِ أنه غَصَبَ، ثم مَلَكَ المغصوبَ بالهبةِ، أو البيعِ.

ولا يقول في النكاحِ: بالله ما نكحتُ لاحتمالِ أنه نكحها ثم أبانها.

ولا يقول في الطلاق: بالله ما طلقتُها لاحتمالِ أنه طلَّقها، ثم رَاجَعَها أو نَكَحَها.

ولا يقول في الوديعة: بالله ما أودعني ما ادعاه لاحتمالِ أنها قد هلكت عنده، أو أنه قد بَرِئَ من بعضها.

حاصل الكلام: أن الدعوى إذا وَقَعَت في سببٍ، فاليمين يكون على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن المقصودَ من الأَسبابِ أَحْكَامُها، فيُحلف على نفيها لا على نفي السبب، ويكونُ على السبب عند أبي يوسف؛ لأن اليمينَ حقُّ المدعِي، فيحلَّف على وَفْقِ دعواه، كذا ذكر في «الهداية» و«الكافي».

اعلم أن الخلافَ مقيَّدٌ بقيدين:

أحدهما: ألا يكون في التحليف ضرر بالمدعِي، وإن كان يُحَلَّفُ على السبب

---

(١) مدعي. منه.

(٢) مدعي. منه.

اتفاقاً، كما ذكر[١] في المتن، وقال: (**فإن ادعى شفعةَ الجِوارِ، أو نفقةَ المبتوتةِ، وهو لا يراها**) والواو في «وهو» للحال، أي والحالُ أن المدعَى عليه لا يَرَى شفعةَ الجِوارِ، أو نفقةَ المبتوتةِ بأن يكون شافعي المذهب.

(**يُحَلِّفُهُ**) القاضي (**على السببِ: بالله ما اشتريتَ هذه الدارَ**) في الشفعة (و) بالله: (**ما هي معتدةٌ منكَ**) في النفقة؛ لأن المدعَى عليه يَحْلِفُ على الحاصِلِ، وهو عدمُ حقِّ الشفعةِ، وعدمُ النفقةِ، بناءً على اعتقاده، فيَبطل حقُّ المدعِي.

وثانيهما: أن يكونَ السببُ مما يرتفع كالبيع وأخواته، وإن كان مما لا يرتفع يُحَلَّفُ على السبب اتفاقاً، كالعبدِ المسلمِ إذا ادعى العِتقَ على مولاه، فأنكر يحلَّف بالله: ما أَعْتَقَه.

قيدنا بـ«العبد المسلم»؛ لأن العبدَ الكافرَ لو ادعى العتقَ على مولاه يحلف على الحاصل، ويقول: بالله ما هو حر في الحال؛ لأن الرقَّ يمكن أن يَتَكَرَّرَ عليه بأن يَنْقُضَ العَهْدَ، ويَلْحَقَ بدار الحرب وسُبي ثانياً، وكذلك الأَمَةُ؛ لأن الرق يتكرر على الأمةِ بالردةِ واللحاقِ، ولا يتكرر على المسلم؛ لأنه إذا ارتد والتَحَقَ لا يُقبَل منه، إلا الإسلامُ أو السيفُ.

وفي «الاختيار»: ومن افتدى يمينَه من خصمِه بمالٍ صالحه عليه جاز، ويَسقط حقُّه في الاستحلافِ. وقد روي أن عثمانَ بنَ عفانَ رضي الله عنه افتدى يمينَه، وقال: أخاف أن يصيبَ الناسَ بلاءٌ، فيقولون: هذا يمينُ عثمان.

(**وإذا قال المدَّعَى عليه**) حين ادعى رجل مِلكَ عَينٍ في يده: (**هذا الشيءُ أَوْدَعَنِيهِ فلانٌ الغائبُ، أو رَهَنَه عندي، أو غصبتُه منه، أو أَعَارَني، أو آجَرَني، وأقام**)

---

(١) مصنف. منه.

على ذلك (بينةً: فلا خصومةَ) للمدعي على ذي اليد؛ لأنه أثبت ببيّنته أنه وَصَلَ إليه من جهةِ فلان، وأن يدَه ليست يدَ خصومةٍ.

قيدنا بـ«دعوى ملك»؛ لأنه لو ادعى عليه الفِعْلَ بأن قال: غصبتَه مني أو سرقتَه لا تَندفع الخصومةُ وإن[1] أقام ذو اليد البينةَ على الوديعة.

فإن قيل: ذو اليد خصمٌ ظاهرٌ، أو دَفْعُ الخصومةِ عن نفسه تابع لثبوت الملك للغائب، وهذه البينةُ لم تُثبته، فكيف يَثبت التَّابعُ بلا ثبوتِ الأَصلِ؟

قلنا: هذه البينةُ تَقْتَضِي أمرين:

أحدهما: الملك للغائب، وهو ليس بخصم فيه؛ إذ لا ولايةَ له في إدخال شيء في ملك غيره بلا رضاه.

وثانيهما: دَفعَ الخصومة عنه، وهو خصم فيه، فكانت مقبولةً، كمن وكَّل وكيلاً بنقل أمته، فأقامت البينةَ أنه أعتقها تُقْبَلُ، وقَصُرَ يدُ الوكيل عنها، ولا تُقْبَلُ في دعوى العِتاق ما لم يَحْضُر الغَائِبُ.

(إلا أن يكون) ذو اليد (مُحْتَالاً) أي مَعروفاً بالحيلة، فلا تَندفع الخصومةُ حينئذ، وهذا قول أبي يوسف، فإنه قال: إن كان المدعَى عليه معروفاً بالصلاح. فالجوابُ كما ذكرنا، وإن كان معروفاً بالحِيَلِ لا تَندفعُ؛ لأن المحتالَ قد يأخذ مالَ إنسان غَصَباً، ثم يَدْفَعُ في السر إلى من يريد السَّفَرَ، حتى يُودِعَه عند الشاهدين، فإذا طلب المالكُ يُقِيمُ ذو اليد البينةَ على أن فلاناً أودعه، فتَنْدَفِعُ الخصومةُ، فيَبْطُلُ حقه.

(ولو ادعى) ذُو اليدِ (الشِّرَاءَ) من الغائِبِ (أو قال الشهودُ) أي شهودُ ذي اليد (أَوْدَعَه رجلٌ لا نَعْرِفُه: فهو) أي ذو اليد (خَصمٌ) في كِلاَ المسألتين.

---

(١) وصل. منه.

أما في الأولى، فلأنه اعترف بأن يَدَه يَدُ مِلك، فكان خصماً.

وأما في الثانية، فلاحتمالِ أن يكونَ المودِعُ هو المدعِي.

وفي «الاختيار»: ولو قالوا[١]: نعرفه بوجهه، ولا نَعْرِفُ اسـمَه ونسبَه، اندفعت[٢] عند أبي حنيفة.

وقال محمد: لا تندفع؛ لأن القضاء بالمجهول باطلٌ؛ لأن المدعي لا يمكنه اتباعُه فيتضرر، وصار كالفصلِ الأولِ[٣].

ولأبي حنيفة: أن اليد تدل على الملك، وتوجب الخصومةَ، فإذا ثبت بالبينةِ كونُه مودَعاً اندفعت الخصومةُ عنه، إلا أنهم إذا لم يَعْرِفُوه بوجهه حُمل أنه المدعي فلا تندفع. وإذا عَرَفُوه بوجهه ثبت أنه مودَع من غير المدعي، فاندفعت الخصومة، كما إذا عَايَنَ القاضي أنه أودعه غيرُ المدعِي؛ إذ البينةُ العادلة كمعاينة القاضي، فإن قال المدعي: أودعها، ثم وَهَبَها منك، وأنكر يَستَحلفه القاضي أنه ما وَهَبَها منه، ولا باعها له.

ولو قال المدعَى عليه: نصفُ الدارِ لي، ونصفها وديعةُ فلانٍ، وأقام البينةَ على ذلك اندفعت الخصومةُ في الكل، لتعذرِ التميزِ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني: ادعى دابةً أنها ملكي، فأراد ذو اليد إبطالَ دعواه، فقال للمدعي بحضرة الشهود: خذ هذه الدابةَ وديعةً، فاحفظها إلى الغد، حتى نذهب إلى القاضي غداً، فأخذ المدعي، لا يُسمع دعوى المدعي بعد ذلك؛ لأن قبولَ الوديعة إقرار أنها ملك له، كذا نقل عن المشايخ.

---

(١) شهود. منه.

(٢) خصومة. منه.

(٣) وهو قولهم: لا نعرفه. منه.

فصل [في تعارض البينات]

(بيّنةُ الخارجِ أولى من بيّنةِ ذي اليدِ على مُطلَق الملك) يعني إذا تَنَازَعَا في ملكٍ مطلقٍ، وأقام الخارجُ وذو اليد بينةً على الملكِ المطلقِ، فبينةُ الخارج أولى.

وعند الشافعي: بينةُ ذي اليد أولى.

قيد بالملكِ المطلقِ؛ إذ لو كان دعواهما النتاجَ يُقضَى لذي اليد اتفاقاً، من «الحقائق»، كما ستقف عليه.

وكذا لو كان دعواهما النكاح يُقضى لذي اليد اتفاقاً، من «فصول الأستروشني».

له: أن بينةَ ذي اليد تَتَقَوّى باليدِ، وكان أولى بالقبولِ، كما في النتاجِ.

ولنا: أن بينةَ الخارج يُثبت الملكَ من كل وجهٍ؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت الملك للخارج، وبينة ذي اليد لا تثبت؛ لأن الملك ثابت له باليد، وإذا كانت أكثر إثباتاً كانت أقوى، وبينة ذي اليد يُثبت من وجه؛ لأن الملك ثابت له من وجه باليد، والبيناتُ تُرَجَّحُ بكثرة الإثبات، بخلاف النتاج؛ لأن اليدَ لا تدل عليه، فأمكن الترجيحُ بها.

(وإن أقام الخارجُ البينةَ على ملكٍ مؤرَّخٍ، وذو اليدِ) أي وأقام ذو اليد (على ملكٍ أَسْبَقَ منه) أي من الخارج (تاريخاً، أو أَقَامَا) أي أو أقام الخارجُ وذو اليدِ البينةَ (على النتاجِ) أو أقاما البينةَ (على نَسْجِ ثَوبٍ لا يَتكرر نسجُه) كالمنسوج من غزل الكتان أو القطن (فذو اليد أولى) من الخارج في هذه المسائل الثلاث.

هذا إذا لم يَدَّعِ الخارجُ الفعلَ على ذي اليد، كالغصبِ، والإجارةِ، والعارية.

وإن ادعى يكون بينةُ الخارجِ أولى وإن[١] ادعى ذو اليد النتاج؛ لأن بينةَ الخارج في هذه الصورة أكثرُ إثباتاً؛ لأنها تثبت الفعلَ على ذي اليد.

أما في الأولى، فلأن ذا اليد أثبت الملكَ لنفسه في زمانٍ خَالٍ عن المنازعة، ثم لا يُقْضَى بعده لغيره، إلا إذا تَلَقَّى[٢] الملكَ منه.

وأما الثانية والثالثة، فلأن ما قامت عليه بيّنةٌ لا تدل عليه اليدُ، فتَعَارَضَتَا، فتَرَجَّحَتْ بينةُ ذي اليد باليد.

وفي «الاختيار»: وكذا كل سبب لا يتكرر كعمل الجُبنِ، واللِّبْدِ، وجَزِّ الصوف، وحَلْبِ اللَّبَنِ؛ لأنه في معنى النتاج، وإن كان يتكرر كالبناءِ، وزرع الحبوب، ونسج الخَزِّ[٣] ونحوه، فبينةُ الخارج أولى، كما في الملك المطلق. وإن أشكل قُضِيَ للخارج. وإن تَنَازَعَا في دابة، وأقاما البينةَ على النتاج، وأرَّخا، فمن وَافَقَه سِنُّ الدابة، فهو أولى. وإن أشكل فهي بينهما لعدم الأَوْلَوِيَّةِ. وإن خَالَفَ سِنُّ الدابةِ التاريخين تَـهَاتَرَتَا[٤]، وتُرِكَتْ في يد من كانت في يده.

وفي «الكفاية»: والأصح ما قاله محمد، وهو أن تكون الدابةُ بينهما؛ لأنه لما سَقَطَ اعتبارُ ذِكرِ الوقتِ يُنظر إلى مقصودِهما، وهو إثبات الملكِ، وقد اسْتَوَيَا في ذلك فوجب القضاءُ بها بينهما نصفين.

(وإن أقام كُلُّ واحدٍ منهما البينةَ على شراءٍ من الآخرَ) أي إذا أقام الخارجُ بينةً أنه اشترى من ذي اليد الدارَ التي في يده، وأقام ذو اليد بينةً أنه اشتراها من الخارج.

---

(١) وصل. منه.

(٢) يقال: تلقاه إذا استقبله بالأخذ والقبول. منه.

(٣) فإن الخز إذا بلى ينقَضُ ويُغْزَلُ مرة أخرى، ثم يُنْسَجُ. والخز صوف دابة تكون في البحر. منه.

(٤) سقطت البينتان. منه.

(ولا تاريخَ لهما: تَهَاتَـرَتَا) أي بطلت البينتان، سواء شهِدُوا بالقبضِ، أو لم يَشْهَدُوا، وتُرِكَ الدارُ في يدي ذي اليد؛ لأن جَعْلَ كلٍّ منهما مشترياً وبائعاً في ساعةٍ واحدةٍ محال، ولا دلالةَ على السَّبْقِ، ولا رُجْحَانَ لأحدِهما، فتَهَاتَـرَتَا.

ورجح محمد ذا اليد إن بَرْهَنَا على القبضِ؛ لأن العملَ بالبينةِ واجبٌ مهما أمكن، وهنا يمكن بأن باعها ذو اليد، وسلَّمها إلى الخارج، ثم باعها، وسلَّمها إليه. وإن لم يُقيمَا البينةَ على القبضِ يُرَجِّحُ محمد الخارجَ؛ لأن يد ذي اليد دليل على سبقه، فيُجعل ذو اليد مشترياً لها من الخارج أوَّلاً، ثم باعها من الخارج، فيؤمر بتسليمها إليه، ولا ينعكس[1]؛ لأن شرى الخارج لو جُعِلَ أوَّلًا لم يصح بيعه؛ لأن البيع قبل القبض لا يصح وإن[2] كان في العقار عنده[3]، وإن وقتاه وكان في العقار ولم يتقابضا، فإن كان وقتُ الخارج أوَّلاً يُقْضَى لصاحب اليد عندهما، فيُجعل كأنَّ الخارجَ اشترى أوَّلاً، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو جائز في العقار عندهما.

وعند محمد: يُقْضَى للخارج؛ لأنه لا يصح بيعه قبل القبض، فبَقِيَ على ملكه، وإن تقابضا يُقضَى لصاحب اليد اتفاقاً؛ لأن البيعين جائزان على القولين. وإن كان وقتُ ذي اليد أوَّلاً يُقضَى للخارج في الوجهين، أي في عدم التقابضِ ووجودِهِ اتفاقاً، فيُجْعَلُ كأنه اشتراه ذو اليد، وقَبَضَ، ثم باع، ولم يُسَلِّمْ، أو سَلَّمَ، ثم وَصَلَ إليه بسبب آخَرَ من[4] الإجارة والعارية، كذا في «الهداية».

(ادعيا نكاحَ امرأةٍ، وأقاما البينةَ) على نكاحها لم يُقضَ بواحدة من البينتين؛ لأن النكاحَ لا يقبل الاشتراكَ، بل يُنظر (فإن وَقَّتَا: فهي للأولِ) منهما وقتاً؛ لأنه يُثبت

---

(١) أي لا يجعل الخارج مشترياً لها من ذي اليد أوّلًا ثم باعها من ذي اليد. منه.

(٢) وصل. منه.

(٣) محمد. منه.

(٤) بيانية. منه.

في وقت لا مُنَازِعَ له فيه، فتَرَجَّحَتْ بينته على البينةِ الثانيةِ **(وإلا)** أي وإن لم يُوَقِّتَا: فهي **(لمن صَدَّقَتْهُ)**؛ لأن النكاحَ مما يُحكم بتصادق الزوجين. وكذا إذا أقرت بأن نكاحَ أحدِهما أَسْبَقُ إلا إذا كانت في بيتِ أحدِهما، أو دَخَلَ بها أحدُهما، فيكونُ هو أَوْلَى، ولا يُعتبر قولها؛ لأنه دليلٌ على سَبقِ عَقده، إلا أن يُقيم الآخَرُ البينةَ أنه تزوجها قبله، فيكون هو أولى، كما مر آنفاً؛ لأن التَّصريحَ يَفُوقُ الدَّلالَةَ، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني عشر: والإقدامُ على الاستيهاب، والاشتراء، والاستيداع، والاستئجار إقرار بأنه لا ملك له فيه باتفاق الروايات، حتى لو أقام المدعى عليه بينةً أن المدعي استوهب، أو استأجر مني، أو استام مني، أو قال بالفارسية: خريده خواسته ازمَن اين عين رايكون دفعاً لدعوى المدعي. ولو ادعى المدعي التوفيق، وقال: كان ملكي، لكنه قبض مني، ولم يدفع إليَّ، فاشتريتُهُ لا يُسمع هذا من المدعي؛ لأن المناقضة ثابتة بين قوله: «ملكي» وبين قوله: «ليس بملكي»، والاستشراء من غير المدعى عليه في كونه إقراراً أنه لا ملك للمدعي نظيرُ الاستشراء من المدعى عليه.

(ادعيا عيناً في يد ثالثٍ) وأنكر ذو اليد **(وأقام كلٌّ واحدٍ منهما البينةَ أنها له: قُضِيَ بها بينهما)** أي قُضِيَ بالعين بين المدعيين نصفين.

وقال الشافعي: يُقرِع القاضي بينهما؛ لأن القُرعةَ لتعيين المستحق أصل في الشرع، كما في القِسمةِ.

ولنا: أن العينَ قابلةٌ للاشتراك، ولم يجز تَرجِيحُ إحدى البينتين، فيُقْضَى بينهما نصفين، والقُرعَةُ لتعيين الاستحقاق يكونُ قماراً، وهو حرام. وإنما يُقرَع في القسمةِ لنفي التُّهَمَةِ لا للاستحقاقِ، ولهذا جاز للقاضي التعيينُ بغير قُرعَةٍ.

(وإن ادعى كلُّ واحدٍ منهما الشراءَ من صاحب اليدِ، وأقاما البينةَ: فإن شاء كلُّ واحدٍ) منهما **(أَخَذَ نصفَ العبد بنصفِ الثمنِ)** لاستوائهما في السبب **(وإن شاء تَرَكَ)** لوجود العيب بالشركة.

(فإن تَرَكَ أحدُهما) أَخْذَ النصفِ بعد قضاء القاضي لهما، واختارَ الفسخَ: **(فليس للآخر أَخْذُ جميعِه)**؛ لأن البيعَ انفسخ في نِصف بينةِ صاحبه، فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ.

وأما قبل القضاء، فله أن يأخذَ جميعَه؛ لأنه أَثبت ببينته أنه اشترى الكلَّ، ولم تقع المزاحمةُ بالقضاء، كما أن أَحَدَ الشَّفِيعَين إذا سلَّم قبل القضاء، فللآخَرِ أن يأخذَ كلَّ المبيعِ، وإن سلَّم بعده، فليس له أن يأخذ إلا النصفَ؛ لأن الانقسامَ إنما يصير للمزاحمة لضرورة القضاء بينهما.

(وإن وَقَّتَا) أي إن ذَكَرَ كلٌّ وَقْتاً: **(فهو للأول)** منهما وَقْتاً لما بينا، وهو إثباتُ الملك لنفسه في زمانٍ خالٍ عن المنازعة إلى آخره.

(وإن وَقَّتَ أحدُهما) أي إذ ذَكَر أحدُ المدعين وقتاً **(أو كان معه قَبْضٌ)** أي قَبْضُ مبيع **(فهو له)** في المسألتين أي المبيعُ لمن ذكر الوقتَ في الأُولى، ولمن قَبَضَ المبيعَ في الثانيةِ.

أما في الأولى، فلأنه ثبت ملكه فيه، ووقع الشكُّ في ملك الآخَرِ فيه، فلا يَثبت بالشك.

وأما في الثانية؛ لأن تمكنه من قبضه دَليلٌ على سَبقِ شرائه لا على الغصب حَمْلاً على الصلاح.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني عشر: ولو ادعى داراً، فقال المدعَى عليه: إن المدعِي أقر قبل دعواه ليست هذه الدار لي، أو قال: ما كانت هذه

الدار لي تبطل بينة المدعي إن أقام المدعَى عليه بينةً على ذلك. وكذلك لو ادعى الميراثَ، فأقام بينةً على إقرار مورثه بذلك يندفع دعوى المدعِي. وفي دعوى الدار لو قال المدعى عليه: إن المدعي قد كان أقر قبل هذا أن لا حق له في هذه الدار، أو ليس لي حق في هذه الدار، ولم يكن هناك أحد يدعي الدار لا يمنعه من الدعوى بعد ذلك.

(وإن ادعى أحدُهما شراءً، والآخرُ هبةً، وقبضاً، أو صدقةً وقبضاً) من شخص معين، وأقاما البينةَ **(ولا تاريخَ لهما: فالشراءُ أَوْلَى)** لكونه أقوى؛ لأنه معاوضةٌ من الجانبين، ومُثبِتٌ للملك بنفسه، والهبةُ والصدقةُ يَفْتَقِرَانِ إلى القَبضِ، فكان الشراءُ أسرعَ ثبوتاً، فكان أولى.

وفي «الاختيار»: وإن ادعى أحدُهما بيعاً، والآخرُ رهناً، فالبيع أولى؛ لأن البيعَ يُثْبِتُ الملَك حقيقةً في الحال، والرهنَ إنما يُثبته عند الهلاك تقديراً. وكذا الهبةُ بعوض أولى من الرهنِ، لما بينا.

(فإن ادعى الشراءَ) أي إن ادعى أَحَدٌ شراءَ عَبدٍ من رجل **(وادَّعت امرأة أنه تَزَوَّجَها عليه)** أي ادعت امرأةُ ذلك الرجلِ أنه تَزَوَّجَها على ذلك العبدِ، وبَرْهَنَا على ذلك **(فهما سواءٌ)** عند أبي يوسف؛ لأن سببَ كلٍّ منهما عَقدُ معاوضةٍ، ومُثْبِتٌ للملك بنفسه، فيَتَنَصَّفُ بينهما لاستوائهما في السبب، ثم تَرجع المرأةُ على الزوج بنصف قيمة العبدِ تتميماً للمَهرِ، ويَرْجِعُ المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نَقَدَهُ.

وقال محمد: الشِّرَاءُ أولى، وجَعَلَ العَبْدَ للمشتري، وحَكَمَ للمرأةِ على الزوج بتمام قيمته؛ لأنهما لو اشتركا في المدعَى يبطل نصفُ حقٍّ كلٍّ منهما، وإذا قُدِّمَ الشراءُ يكون الكل للمشتري، ثم يصيرُ الرجلُ متزوِّجاً للمرأةِ على عبدِ الغيرِ، فيصح التسميةُ، فتجب قيمته، وهذا أولى؛ لأن فيه عملاً بالحُجَّتَيْنِ.

(وإن أقام الخارجانِ البينةَ على الملكِ) المطلق (والتاريخِ، أو) أقاما البينةَ (على الشراءِ) والتاريخ (من واحدٍ) يعني لا من اثنين.

ففي تَقييدِ قَولِ القدوري من واحدٍ من غيرِ صاحبِ اليد ليست زيادةَ فائدةٍ، فإن هذا الحكم لا يَتَفَاوَتُ بين أن يكونَ دعواهما الشراءَ من صاحب اليد أو غيرِه بعد أن يكونَ البائعُ واحداً؛ لأنه ذكر مثلَه عن صاحب اليد في «الذخيرة»، كذا في «النهاية».

(فأَوَّلُهُمَا) تاريخاً (أولى) في المسألتين؛ لأنه أثبته في وقتٍ لا مُنَازِعَ له فيه.

(ومن اثنين) أي وإن أقاما البينةَ على الشراءِ والتاريخِ من اثنين لا من واحد (فهما سواءٌ) سواء كان تاريخُ أحدِهما أَقْدَمَ أو لم يكن؛ لأن كلَّ واحد منهما يُثْبِتُ الملكَ الْمُطْلَقَ لبائعِه، فصار كما إذا حَضَرَ البائعانِ، وادَّعَيَا الملكَ من غير تاريخ.

(فإن أرَّخ أحدُهما) دون الآخَرِ (فهو له) أي للمؤرِّخ. هذا إذا كان البائعُ واحداً؛ لأنهما اتفقا على أن الملكَ لا يُتَلَقَّى إلا من جهته، فإذا ثبت أحدُهما تاريخاً يُحْكَمُ به، حتى يَتَبَيَّنَ أنه تَقَدَّمَهُ شراءُ غيرِه.

وأما إذا كان البائعُ اثنين وأَرَّخَ أحدُ الخصمين دون الآخَرِ، فَهُمَا سواءٌ، وقُضِيَ بينهما نصفين؛ لأن تَوقِيتَ أحدِهما لا يدل على تقدمِ الملكِ لجواز أن يكونَ الآخَرُ أَقْدَمَ، ولأنه لا يَتَرَجَّحُ أحدُهما بالتقدمِ، فكيف يَتَرَجَّحُ أحدُهما بالاحتمال، كذا في «الهداية».

وفي «الذخيرة»: لو قال المدعي: هذا الحمار غَابَ عني منذُ شهرٍ، وأقام المدعَى عليه بينةً على أن هذا الحمار ملكي، وفي يدي منذ سنةٍ يُقضَى للمدعي، ولا يُلْتَفَتُ إلى بينة المدعى عليه؛ لأن تاريخ المدعي تاريخ غيبة الحمار عن يده لا تاريخ ملكه، وكان دعواه في مطلق الملك خاليةً عن التاريخ، وتاريخ ذي اليد

غيرُ معتبر حالةَ الانفراد، فكان دعوى صاحب اليد دعوى مطلق الملك، كدعوى الخارج، فيُقْضَى ببينةِ الخارجِ.

(وإن تَنَازَعَا في دابةٍ، أحدُهما راكبُها، أو له عليها حِمْلٌ) ولا[1] بينة لهما **(فهو أولى)** ممن تَعَلَّقَ بلجامها، وممن علق كُوزَه منها؛ لأن تصرفَهُمَا أَشْبَهُ بتصرف الْمُلاَّكِ.

(وكذا إن كان) أحدُهما **(راكباً في السَّرْجِ، والآخَرُ رَدِيفُه)** أي رديفَ السرج **(أو)** كان أحدُهما **(لابسَ قميصٍ، والآخَرُ متعلِّقاً به)** أي بالقميص من[2] كُمِّهِ أو ذَيْلِه، فالراكبُ واللابسُ أولى من الرديف، والمتعلق به لما ذكرنا. ولو تساويا في الركوب بأن كانا راكبين في السرج، فهي بينهما لاستوائهما.

ولو كان أحدُهما متعلِّقاً بلجامها، والآخَرُ بذنبها، فمتمسِّك اللجام أولى.

ولو تَنَازَعَا في بساطٍ أحدُهما قاعدٌ عليه، والآخَرُ متعلِّقٌ به، فهو بينهما نصفان؛ لأن الجلوسَ ليس بِيَدٍ له، ولهذا لا يصير غاصباً بالقعودِ على البساط، وبالركوبِ واللبسِ يصير غاصباً.

وفي «الاختيار»: سفينة فيها راكبٌ وآخَرُ متمسِّكٌ بسُكانها، وآخَرُ يُجدِّفُ فيها، وآخَرُ يمدها، فهي بينهم إلا المدَّادَ لا شيءَ له.

عبد لرجلٍ موسِرٍ على عُنُقِه بَدْرَةٌ فيها عشرة آلافٍ في دارِ رجلٍ معسِرٍ لا شيءَ[3] له فادعيا البَدرَةَ.

قال محمد: هي للموسِرِ بشهادة الظاهر.

---

(١) حال. منه.

(٢) بيانية. منه.

(٣) صفة معسر. منه.

وعن محمد: قِطارُ إبل على البَعِيرِ الأولِ راكبٌ، وعلى الوَسَطِ راكب، وعلى آخِرِها راكب، فادعى كل واحد منهم القطارَ، فلكل واحد البعيرُ الذي هو راكبه؛ لأنه في يده وتصرفِه، وما بين الأولِ والوَسَطِ للأولِ؛ لأنه قائدٌ، والقيادةُ تصرفٌ، وما بين الوَسَطِ والآخرِ بين الأولِ والأوسطِ نصفان، وليس للآخرِ إلا ما رَكِبَه.

(**وبينةُ النِّتاجِ، والنَّسْجِ: أولى من بينةِ مُطلقِ الملك**) سواء كانت للخارج، أو لذي اليد؛ لأنها تُثْبِتُ أَوَّلِيَّةَ الملك لصاحبها، فلا يَثبت لغيره إلا بالتلقي منه.

(**والبينةُ بشاهدَيْنِ، وبثلاثٍ، أو أكثر: سواءٌ**) يعني إذا أقام أحدُ المتنازعين شاهدين، والآخرُ أربعةَ شهودٍ، فهما سواء؛ لأن الترجيحَ إنما يكونُ بقوةٍ في الدليل لا بكثرته، كما عُرِفَ في الأصول.

وكذا إذا كانت إحدى البينتين أَعْدَلَ عندنا.

وقال مالك: يُرَجَّحُ أَعْدَلُ البينتين، فيُقضى بها؛ لأن الشهادةَ تَصير حُجةً بالعَدَالَةِ، فيكون الأَعْدَلُ أقوى.

ولنا: أن المقصودَ، وهو الامتناعُ عن الكذب حَصَلَ لكل منهما، فلا يُرَجَّحُ بالأَعْدَلِيَّةِ إحداهما.

❊ ❊ ❊

فصل [في الدعوى في اختلاف المتبايعين]

(**اختلفا**) أي اختلف المتبايعان (**في مقدارِ الثمنِ، أو**) في مقدار (**المبيعِ: فأيُّهما أقام البينةَ: فهو أولى**)؛ لأنها أقوى لا يُعَارضها مجردُ الدعوى.

(**فإن أقاما**) البينةَ: (**فالْمُثْبِتُ للزيادةِ أولى**)؛ لأن البينات شُرِعَت للإثباتِ.

وإن كان الاختلافُ في الثمن والمبيع جميعاً يُعتبر بينةُ البائعِ في الثمن، وبينةُ المشتري في المبيع نظراً إلى إثبات الزيادة.

(**فإن لم يكن لهما بينةٌ**) قيل للمشتري: ارْضَ بالثمنِ الذي يَدعيه البائعُ، وإلا فَسَخْنَا البيعَ.

وقيل للبائع: سَلِّمْ ما ادعاه المشتري من المبيع، وإلا فَسَخْنَا البيعَ.

(**فإن رضي كلُّ واحدٍ**) من المتبايعين (**بدعوى صاحبِه**) تَرْتَفعُ الخصومةُ، وهو المقصودُ؛ لأن الغرضَ قَطعُ الخصومةِ، وهو يكون بالتراضي، فيجب أن لا يُعَجِّلَ القاضي بالفسخ، (**وإلا**) أي وإن لم يَرْضَ كلُّ واحدٍ منهما بدعوى الآخرِ (**تَحَالَفَا**)؛ لأن كلًّا منهما منكر، لما يدعيه الآخر (**وفُسِخَ البَيْعُ**) سواء كان قبلَ قبضِ المبيعِ، أو بعده، لقوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعةُ[١] قائمة تَحَالَفَا وتَرادَّا»، وفيه دلالة على أن القاضي يفسخه؛ لأن البيعَ بثمنٍ مجهولٍ فاسدٌ، فلا بد من الفَسخ فيه بطلبهما، أو بطلب أحدهما، حتى لو اصطلحا بعد التحالف قبل الفسخ على شيء جاز.

وقيل: يَنْفَسِخُ بنفس التحالف، لكنَّ الصحيحَ هو الأولُ، بدليل ما ذُكِر في «المبسوط» أن وطءَ الجاريةِ المبيعةِ يحل بعد التحالف.

---

(١) حال. منه.

(ويُبْدَأُ بيمينِ المشترِي) أي يـبدأ القاضي بتحليف المشتري أوّلاً، وهو الصحيح؛ لأن اليمينَ شُرعت لفائدة النكول، فإذا نَـكَلَ المشتري يتعجل فائدته، وهو الإقرارُ[1]، أو البَذْلُ[2]. ولو بُدِئَ بيمين البائع يتأخر المطالبةُ بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن، فيقدم ما يتعجل فائدته بالنكول. هذا إذا باع سلعةً بثمنٍ.

(وفي المقايضة) أي في بيعِ سلعةٍ بسلعةٍ، وفي الصرف بدأ القاضي (بأيهما شاء) لاستوائهما في فائدة النكول.

وقيل: يُقرع بينهما في البداية.

وفي «الاختيار»: ولو اختلفا في جنس العقد، فقال أحدهما بيع، وقال الآخر: هبة، أو في جنس الثمن، فقال أحدهما: دراهم، والآخر: دنانير يتحالفان عند محمد، وهو المختارُ؛ لأن وصفَ الثمن وجنسَه بمنزلة القَدْرِ؛ لأن الثمنَ دين، وإنما يُعْرَفُ بجنسه ووصفه، ولا وجودَ له بدونهما، ولا كذلك الأجلُ، فإنه ليس بوصف؛ لأن الثمنَ يبقى بعد مُضِيِّه.

وقالا: لا يتحالفان؛ لأن نَصَّ التحالف وَرَدَ على خلاف القياسِ، فيُقتصر على مَوْرِدِه، وهو الاختلافُ في المبيع أو في الثمن.

وجوابه: ما مر.

(ومن نَكَلَ) عن اليمين (لَزِمَه دعوى صاحبِه) لما بينا في القضاء بالنكول بأنه جُعِل باذِلاً، فلم يبقَ دعواه معارضاً بدعوى الآخر، فلزم القول بثبوته.

(وإن اختلفا في الأجلِ) أي ادعى أحدُهما أجلاً، فأنكره الآخرُ (أو شَرْطِ

---

(١) على مذهبهما. منه.

(٢) على مذهبه. منه.

الخيار، أو استيفاءِ بعضِ الثمنِ) أي قبضِه **(فالقولُ قولُ المنكِرِ)**؛ لأنهما اتفقا على المبيع والثمن، واختلفا في أمرٍ زائدٍ، فلا يتحالفان، كما لو اختلفا في الحَطِّ والإِبْرَاءِ.

(وإن اختلفا) في قدرِ الثمن **(بعد هلاكِ المبيعِ: لم يتحالفا)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(والقولُ قولُ المشتري مع يمينه)**؛ لأنه منكر.

وقال محمد: يتحالفان، ويفسخ البيعُ على قيمة الهالك. هذا إذا كان الثمنُ ديناً. وإن كان عيناً يتحالفان اتفاقاً؛ لأن المبيعَ في أحد الجانبين قائم. ألا يرى أنهما لو تَقَايَلاَ بعد هلاك أحد العوضين يجوز إذا كانا عينين. ثم يردّ مِثْل الهالك إن كان له مثلٌ، وقيمتَه إن لم يكن. وهذا إذا هلك بعد القبضِ، وإن هلك قبله، وكان الثمنُ مقبوضاً يتحالفان اتفاقاً، كذا في «الكفاية».

وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيعُ عن ملك المشتري، أو صار بحال يمنع الفَسخُ بأن ازدَادَ زيادةً متصلة أو منفصلة، وأيهما أقام البينةَ، قُضِيَ بها، وإن أقاما فبينةُ البائع أولى. وإن ماتا أو أحدُهما، واختلفت الورثةُ، فلا تخالف؛ لأنهما ليسا متبايعين، فلا يتناولهما النصُّ.

له: قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا» وهو مطلق غير مقيدٍ بقيام السلعةِ، فيُعْمَلُ به، ولفظُ التَّرَادِّ فيه لا يدل على قيام السلعةِ؛ لأن رد قيمةِ المبيع كَرَدِّهِ.

ولهما: قوله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعةُ[1] قائمةٌ تحالفا وتَرَادَّا» وهذا الحديثُ مقيد بقيام السلعة، وما رواه محمول على هذا المقيد؛ لأن راويهما ابن مسعود رضي الله عنه، وإذا كان راوي المطلق والمقيد واحداً يُحْمَلُ المطلقُ على المقيدِ اتفاقاً، ويُحَالُ تَرْكُ المقيد إلى غفلة الراوي.

---

(١) حال. منه.

(وإن اختلفا بعد هلاكِ بعضِه) أي إن اختلف المتبايعان في قَدرِ الثمن بعد هلاك بعضِ المبيع، كعبدين مات أحدُهما قبل نقد الثمن عند المشتري **(لم يتحالفا)** عند أبي حنيفة؛ لأن التحالفَ بعد القبضِ مشروط بقيام السلعةِ، وهي اسم بجميع المبيع، فإذا هلك بعضُه فُقِدَ الشَّرْطُ، والقولُ للمشتري مع يمينه **(إلا أن يرضى البائعُ بتركِ حصةِ الهالك)** من الثمن بأن لا يأخُذَ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً؛ لأن الهالك قد خرج من أن يكون مبيعاً بترك حصته، فصار كأن المبيعَ هي الحي وحده، فلم يبق الاختلافُ بينهما إلا في ثمن الحي، فيتخالفان، ويُفسَخ البيعُ في الحي، فأيهما نكل لزمه دعوى الآخرِ.

وفي رواية عنه يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري دون الزيادة وتحالفا وترادا في الحي، كذا في «الاختيار».

وقال أبو يوسف: يتحالفان في الحي، ويُفسَخ فيه، والقولُ في قيمة الهالك قولُ المشتري.

وقال محمد: يتحالفان عليهما، ويُفسَخ البيعُ في الحي، وقيمة الهالك.

وعلى هذا إذا انتقص المبيعُ، أو جَنَى عليه المشتري أو باع المشتري بعضَه.

لمحمد: أن الهالكَ لا يمنع التحالفَ عنده، فصار كأنهما حيان.

ولأبي يوسف: اعتبارُ البعضِ بالكل، وكلُّ المبيع لو كان قائماً يتحالفان، ولو كان هالكاً لا يتحالفان، فإذا هلك، وبقي البعضُ يُعطَى كل بعضٍ حكم كله.

ولأبي حنيفة: ما قررناه آنفاً.

وفي «الاختيار»: وذكر محمد في «الجامع» قولَ أبي يوسف مع قوله، وهو الصحيح، فيُحَلَّفُ المشتري: بالله ما اشتريتهما بألفين، فإن نكل لزمه، وإن حَلَفَ

يحلف البائعُ ما بعتهما بألف، فإن حلف انفسخ العقدُ في القائم، ويَرُدُّ المشتري حصةَ الهالك من الثمن الذي أقر به، ويُقْسَمُ الثمنُ على قَدرِ قيمتهما يومَ القبض.

وإن اختلفا في قيمة الهالك يومَ القبض، فالقولُ للبائع؛ لأنه يُنْكِرُ زيادةَ السقوطِ بعد اتفاقهما على الثمن، وأيهما أقام البينةَ قُبلت، وإن أقاما فبينةُ البائع أولى؛ لأنها أكثرُ إثباتاً؛ لأنها تُثبِتُ الزيادةَ في قيمة الهالك.

(وكذلك الإجارةُ) أي الاختلافُ في مقدار الأجرةِ في عَقدِ الإجارة كالاختلاف في مقدار الثمن في البيعِ **(قبلَ استيفاءِ شيءٍ من المنفعةِ وبعدَه)** أي وبعد استيفائها لا يتحالفان اتفاقاً.

صورته: إذا اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المنفعة في البَدَلِ[1] أو الْمُبْدَل[2] يتحالفان ويَتَرَدَّانِ؛ لأن الإجارةَ قبل استيفاء المنفعة نظيرُ البيع قبل قبض المبيع، فإن اختلفا في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر. وإن اختلفا في المنفعة بدئ بيمين المؤجِرِ، وأيهما أقام البينةَ قُبِلَتْ، وإن أقاما فبينةُ المستأجِرِ إن كان الاختلافُ في المنفعة، وإن كان في الأجرة، فبينة الآخرِ، وإن كان فيهما، فهي[3] بالبينتين، كما إذا قال أحدُهما: شهراً بعشرة، والآخر شهرين بخمسة يُقضَى بشهرين بعشرة. وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفا بالإجماع، والقولُ للمستأجِرِ؛ لأنه منكر.

فإن قيل: هذا على أصلهما ظاهر. وأما على أصل محمد، فهلاك المبيع لم يكن مانعاً عن الفسخ، فكيف صار مانعاً هنا؟

قلنا: كان الفسخُ في المبيع الهالكِ على قيمته، والمنفعة المستَوْفَاةُ لا يمكن الفسخُ فيها، ولا في قيمتها؛ لأنها غيرُ متقومةٍ في نفسها.

---

(١) أجرة. منه.

(٢) دار. منه.

(٣) إجارة. منه.

(وأما) إن اختلفا (بعد استيفاءِ بعضِها) أي بعضِ المنافعِ (**يَتَحَالَفَانِ، ويُفْسَخُ العَقْدُ فيما بَقِيَ، والقولُ فيما مَضَى: للمستأجِرِ**)؛ لأن الإجارةَ عندنا ينعقد شيئاً فشيئاً، فما مَضَى صار كالهلاك، وما بَقِيَ لم ينعقد، بخلافِ البيعِ، فإنه ينعقد جملةً واحدةً.

(**وإن اختلفا بعد الإقالةِ: تَحَالَفَا، وعَادَ البيعُ**) إلى حاله الأول، كما قبل الإقالة، بأن اشترى جارية وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن، فإنهما يتحالفان، ويعود البيعُ الأول. وهذا إذا اختلفا قبل القبض.

أما إذا قَبَضَ البائعُ المبيعَ بعد الإقالةِ، ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد. وهذا على قول من يقول: إن الإقالة بَيْعٌ[1] لا إشكالَ، إنما الإشكالُ على أنها[2] فَسْخٌ، إلا أنا نقول: إنما أثبتنا التحالفَ فيها قبل القبضِ؛ لأن القياسَ يوافقه؛ لأن البائعَ يدعي زيادةَ الثمنِ، والمشتري ينكره، والمشتري يدعي وجوبَ تسليمِ المبيعِ بما نَقَدَ، والبائعُ يُنكره، وكلُّ واحدٍ منهما منكر، فيَحْلِفُ، فكان التحالفُ على مُقْتَضَى القياسِ قبل القبضِ، فأثبتنا التحالفَ قبل القبضِ بالقياسِ لا بالنصِّ، ولا كذلك بعد القبضِ، فإنه على خلاف القياسِ؛ لأن المبيعَ سُلِّمَ للمشتري، فلا يدعي شيئاً، فلا يكونُ البائعُ منكِراً.

(**وإن اختلفا**) أي الزوجان (**في المهرِ، فمن أقام البينةَ: فهو أولى**).

(**وإن أقاما: فبينةُ المرأةِ أولى**)؛ لأنها أكثر إثباتاً، (**وإلا**) أي وإن لم يكن لهما بينةٌ (**تحالفا، فأيهما نَكَلَ: قُضِيَ عليه**) بما ادعاه الآخر؛ لأن النكول إقرارٌ.

(**وإن تحالفا**) لا يُفْسَخُ النكاحُ؛ لأن أَثَرَ التَّحَالُفِ في انعدام التسمية، وذلك لا يمنع صحةَ النكاحِ بدليل صحته بدون التسمية، بخلاف البيع على ما عُرِفَ،

---

(١) كما عند أبي يوسف. منه.

(٢) كما عند أبي حنيفة. منه.

و(يُحَكَّمُ مَهرُ المثلِ) على ما ادعياه، كما إذا اختلف الصباغُ ورَبُّ الثوبِ في مقدار الأَجْرِ يُحَكَّمُ قيمةُ الصبغِ، وإنما أُخِّرَ التحكيمُ عن التحالف؛ لأن مهرَ المثلِ لا يُعْتَبَرُ عند وجود التسميةِ، وهي إنما يَسقط بالتحالف؛ لأن ما ادعاه كل منهما يَنتفي بيمين الآخَرِ، فيبقى النكاحُ بلا تسميةٍ، فيُعْتَبَرُ مَهرُ المثلِ؛ لأنه هو الموجَب الأصلي.

يُلْزَمُ ما قالت. (إن كان) قولها (مِثلَ مَهرِ المثلِ أو أَقَلَّ)؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ لها (وما قال) أي ويلزم ما قال الزوجُ (إن كان) فعلُه (مِثلَه) أي مِثلَ مَهرِ المثل (أو أكثر، وإن كان) مهرُ المثلِ (بينهما) أي بين قولِ الزوجِ وبين قولها بأن كان أقلَّ مما قالت، وأكثرَ مما قال (فمَهْرُ الْمِثْلِ) أي قُضي به.

وفي «الاختيار»: ويُبدأ بيمين الزوج كما في المشتري؛ لأنه منكِرٌ، وإن طلَّقها قبل الدخول بها، ثم اختلفا، فالقولُ قولُه في نصف المهر.

وذكر في «الجامع الكبير»: يُحَكَّمُ متعةُ مثلِها، وهو قياسُ قولهما.

وقال أبو يوسف: القولُ قولُ الزوجِ قبلَ الطلاق وبعده مع يمينه؛ لأنه منكر بالزيادة، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى، وهو ما أقر به الزوجُ لا يصار إلى مهر المثل؛ لأن المسمى بَدَلٌ أصلي في العقد، إلا أن يأتي بشيء يسير يكذِّبه الظاهرُ، وهو ما لا يَصلُح مهراً لها.

وقيل: ما دون العشرةِ، والأولُ أحسنُ.

ولهما: أن الظاهر يَشْهَدُ لمن شَهِدَ له مَهْرُ المثلِ نظراً إلى المعتادِ، وإلى إنكار الأولياء وتَعْبِيرِهم بدون ذلك، والقولُ في الدعوى قولُ من يَشْهَدُ له الظاهرُ، فيصار إليه.

(وإن اختلفا) أي الزوجان (في متاع البيتِ: فما يَصْلُحُ للنساءِ) كالْمِقْنَعَةِ، والوِقَايَةِ[1]، والخَلْخَالِ، ونحوِهَا: (فللمرأةِ) المدعية بشهادة الظاهر.

---

(١) وهي بفتح الراء وكسرها ما يشد المرأة على رأسها. منه.

(**وما يَصْلُحُ للرجالِ**) كالعمامةِ، والقَلَنْسُوَةِ، والقباءِ، والسلاحِ ونحوِها (**أو**) ما يصلح (**لهما**) كآنية[1] البيتِ، والبُسُطِ[2]، ونحوِهما (**فللرجل**) عند أبي حنيفة؛ لأن المرأةَ وما في يدها في يد الزوج، فالقولُ لصاحب اليد؛ لأن الملكَ باليد، إلا أنه عَارَضَهُ ما هو أقوى منه، وهو ما يَخْتَصُّ بها.

(**وإن مات أحدُهما**) أي أحدُ الزوجين، (**واختلفت ورثتُه**) أي ورثةُ الميت (**مع الآخرِ: فما يَصْلُحُ لهما**) أي للزوجين (**فللباقي**) منهما عنده؛ لأن اليد ثابتة للحي لا للميت.

وقال أبو يوسف: للمرأةِ ما يُجَهَّزُ به مِثْلُهَا في حالة الموت والحياة، والباقي للزوج مع يمينه؛ لأنها تأتي بالجهاز عادةً، وكان الظاهرُ شاهداً لها، وهو أولى من ظاهر يد الزوج، ولا مُعارِضَ في الباقي من جهازها، فيُدْفَعُ للزوج.

وعند محمد: يُدفع ما يَصلح لهما في الحالتين إلى الزوج، أو إلى ورثته؛ لأن الورثةَ خلفاءُ الميت فيما يصلح لهما بالموت، كما لا يتغير فيما يَصلح لأحدِهما، والطلاقُ والموتُ سواءٌ في هذا[3].

فالحاصل: أنهم اتفقوا أن ما يَصلُحُ لأحِدهما، فهو لمن يصلح له في الحياةِ والموتِ، حتى يقومَ[4].

واختلفوا فيما يصلح لهما، فأبو حنيفة جَعَلَه للزوج في حياتهما، وللباقي بعد موت أحدِهما، وأبو يوسف جَعَلَ لها ما يجهز به مثلُها في الحالتين[5]، ومحمدُ

---

(١) جمع إناء كأسورة جمع سوار. منه.

(٢) جمع بساط. منه.

(٣) أي في حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت. منه.

(٤) ورثته مقامه. منه.

(٥) أي في حالة الحياة وحالة الممات. منه.

جَعَلَه للزوج في الحالتين، وزفرُ يَقْسِمُهُ بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى وفي اليد، وقال في غيره مِثلَ ما قال أبو حنيفة.

وفي «الاختيار»: وإن كان أحدُ الزوجين مملوكاً، فالكل للحر حالةَ الحياةِ؛ لأن يدَه أقوى، وللحي بعد الموت؛ لأنه لا مُعَارِضَ ليده.

وفي «شرح الجامع الصغير»: وكذلك إن مات أحدهما، فهو[1] للحر منهما. وهذا على إطلاقه قولُ أبي حنيفة، ومتن «المجمع» موافق لهذا.

وقال أبو يوسف ومحمد: المأذونُ والمكاتبُ بمنزلة الحر؛ لأن لهما يداً في الخصومات وغيرِها.

(وإن اختلفا) أي المولى والمكاتبُ **(في قَدرِ الكِتابةِ: لم يتحالفا)** ويكون القول للمكاتب؛ لأنه منكر للزيادة.

وقالا: يتحالفان، وتُفْسَخُ الكتابةُ؛ لأنه عَقْدُ معاوضةٍ، والمولى يَدَّعِي بَدَلاً زائداً، والمكاتبُ ينكره، والمكاتبُ يَدَّعِي استحقاقَ العِتقِ عند أداء ما يدعيه من القَدرِ، والمولى ينكر، فيتحالفان كالبيع.

ولأبي حنيفة: أن البَدَلَ مقابل في الحال بفك الحجر، وهو سَالم للعَبْدِ، وإنما يصير مقابلاً للعتق عند الأداء، فكان اختلافاً في قَدْرِ البدل لا غيرُ، فلا يتحالفان.

❊ ❊ ❊

(١) أي المتاع الصالح لهما. منه.

[فصل في الاختلاف في ادعاء الولد]

(ولو باع جاريةً، فولدتْ) تلك الجاريةُ (لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ، فادَّعَاه) البائعُ (فهو ابنُه) أي ابنُ البائع، ويُثبت نسبُه منه لحصول اليقينِ أن العُلُوقَ في ملكه، والظاهرُ عدمُ الزنا، فتقبل دعوته مستنداً إلى العلوق؛ لأن أَمرَ النسب خفي، قد يظن المرءُ أن العلوقَ ليس منه، ثم يَظهَر له أنه منه.

(وهي) أي تلك الجاريةُ (أمُّ ولدِه) أي البائعِ (ويُفْسَخُ البَيْعُ)؛ لأن بيعَها غيرُ جائز.

(ويَرُدُّ) البائعُ (الثمنَ) إلى المشتري؛ لأنه مُقْتَضَى فَسخِ العَقدِ.

(ولا تُقْبَلُ دعوة المشتري معه) أي مع دعوة البائع، وكذا بعدها؛ لأنها أسبَقُ لاستنادها إلى وقت العلوق، ولا كذلك دعوةُ المشتري.

وقيد بقوله: «معه»؛ لأنه لو ادعاه قبل دعوة البائع يَثبت النسبُ من المشتري، ويُحْمَلُ على أنه نكحها، فاستولدها، ثم اشترى.

(فإن مات الولدُ) عند المشتري، وكذا لو أعتقه، وقد[1] أتت به لأقَلَّ من ستةِ أشهرٍ، (ثم ادَّعَاه) أي ادعى البائعُ الولدَ (لم يَثبتِ الاستيلادُ فيها) أي لا تَصيرُ الجاريةُ أمَّ ولدٍ للبائع؛ لأن الوَلَدَ بعد موته لم يثبت نَسَبُه لعدم احتياجه إليه، فلم تَسْتَفِدْ أمُّها حريةً.

(وإن ماتت الأمُّ) عند المشتري (ثم ادَّعَاه) البائعُ. وكذا لو ادعاه بعد عتقها، وقد[2] أتت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ، (ثَبَتَ نَسَبُهُ) من البائع اتفاقاً، (ويَرُدُّ كلَّ الثمنِ) إلى المشتري عند أبي حنيفة؛ لأنه باع أم ولده، ولم يُفْسَخ البيعُ فيها لمانع، وهو الموتُ

(١) حال. منه.

(٢) حال. منه.

أو العِتْقُ، وهي غيرُ متقوَّمةٍ عنده، فلا يَسْلَمُ له بإزائها شيء من الثمن، فيَرُدُّ جميعَه.

وعندهما: يَرُدُّ حصةَ الولدِ، ولا يَرُدُّ حصةَ الأمِّ؛ لأنها متقوَّمةٌ عندهما، فيُقْسَمُ الثمنُ على قيمتها يومَ القبض، وقيمةِ الولدِ يومَ الولادةِ، فما أصاب أمَّها يَسقط عن البائعِ، ويَسْلَمُ له ما بإزائها من الثمن في عِتقها، فيَرُدُّ حصةَ الولدِ.

والتدبيرُ كالعتقِ؛ لأنه لا يحتمل النَّقْضَ.

(وإن جاءت) الجاريةُ المبيعةُ **(به)** أي بالولدِ **(ما بين ستةِ أشهرٍ إلى سنتين)** من حين باع، وادعاه البائعُ **(فإن صدَّقه المشتري)** في دعواه **(ثَبَتَ النَّسَبُ)** منه **(وفُسِخَ البَيْعُ، وإلا)** أي وإن لم يصدِّقه المشتري **(فلا)** أي لا يثبت النَّسَبُ، ولا يُفْسَخُ البيعُ، لاحتمال العُلوقِ في مِلكه، فلم يوجَدِ اليقينُ، فيُوقَفُ على تصديق المشتري، فإذا صدَّقه ثَبَتَ النَّسَبُ؛ لأن الحقَّ لهما، فيَثبت بتصادُقهما إذا أمكن، والولد حرٌّ، والجارية أمُّ ولدٍ كما مر. وإذا ادعيا فدعوةُ المشتري أولى لقيام ملكه، واحتمالِ العُلوقِ فيه.

(وإن جاءت) الجاريةُ المبيعةُ **(به)** أي بالولدِ **(لأكثرَ من سَنَتَيْنِ)** من حين باع، وادعاه البائعُ لا يصح دعوته، لعدم اتصال العُلوقِ بملكه يقيناً.

وإن ادعاه **(فصدَّقه المشتري)** في دعواه **(ثَبَتَ النَّسَبُ)** من البائع، وحُمِلَ أنه استولد الجاريةَ بالنكاح حَملاً لأمره على الصلاح.

(ولا يُفْسَخُ البَيْعُ، ولا يَعْتِقُ) الولدُ **(ولا تَصِيرُ)** الجاريةُ **(أمَّ ولدٍ له)** أي للبائع؛ لأن وقوعَ العلوقِ في ملكِه غيرُ معلومٍ، فيبقى الولدُ عبداً للمشتري، وأمُّه[1] جاريةً له.

وفي «الاختيار»: وإن لم يُعلم مدةُ الوِلادَةِ بعد البيعِ لا تصح دعوةُ البائعِ إلا

---

(١) أي وتبقى أمه. منه.

بتصديق المشتري، لوقوع الشك في وقت العلوقِ. ويصح دعوة المشتري؛ لأنه ينكر فَسخَ البيع، ولا حجةَ للبائع. وإن ادعياه لا تصح دعوةُ واحدٍ منهما للشك.

والمسلمُ، والذميُّ، والحرُّ، والمكاتبُ في ذلك سواءٌ.

وإن ادعى البائعُ قبل الولادةِ، فهو موقوف. فإن وُلِدَ حيّاً صحت، وإلا فلا. ولو اشتراها حُبلَى، ثم باعها لا يصح دعوته. وإن اختلفا[1]، فالقولُ للبائع؛ لأنه المنكِرُ من وطئها.

وإن حَبلَت أَمَةٌ في ملك رجلٍ، فباعها، وتَدَاوَلَتْهَا الأيدي، ثم رَجَعَت إلى الأول، فوَلدت في يده، فادعاه ثبت نسبه منه، وبَطلت البيوعُ كلُّها، وتَرَاجَعُوا الأثمانَ لبطلان البيوعِ. ولو لم يكن أصلُ الحَمْلِ عنده لم تبْطُل العُقُودُ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل السابع: فإن كان المشتري باع الأمةَ، واستولدها المشتري الثاني، ثم استحقت، وأخذ المستحق الجاريةَ، وقيمةَ الولد من المشتري الثاني، ورجع المشتري الثاني على المشتري الأول بقيمة الولد، والمشتري الأولُ هل يرجع على بائعه بقيمة الولد؟

عند أبي حنيفة: لا يرجع.

وعندهما: يرجع.

وعلى هذا الخلاف مسألة البناء والأغراس.

(**ومن ادعى نسبَ أحدِ التوءَمَيْنِ: ثَبَتَ نَسَبُهُمَا منه**) أي من المدعي؛ لأنهما خُلِقَا من ماءٍ واحدٍ؛ لأنه اسم ولدين وُلِدَا ليس بينهما ستةُ أشهُرٍ، فاستحال انعلاقُ الثاني من ماءٍ آخرَ، فإذا ثبت نسبُ أحدِهما ثبت نسبُ الآخَرِ، ويبطل ما جَرَى فيه العقودُ من بيعٍ، وعِتقٍ، وغير ذلك.

---

(١) في حملها. منه.

وفي «الاختيار»: كل قولين مُنَاقِضَيْنِ صَدَرَا من المدعِي عند الحاكم، إن أمكن التوفيقُ بينهما قُبِلَتِ الدَّعْوَى صِيَانَةً لكلامه عن اللغو، نظراً إلى عقلِه ودينِه، وإن تعذر التوفيقُ بينهما لم تُقبَلْ، كما إذا صَدَرَ من الشهودِ. وكل ما أثَّرَ في قدح[١] الشهادة أثَّر في منع استماع الدعوى.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال المدعي: ليس لي بينةٌ على دعوى هذا الحق، ثم أقام البينةَ عليه لم تُقبل؛ لأنه أَكْذَبَ بينتَه.

وعن محمد: أنها تقبل؛ لأنه يجوز أنه نَسِيَها، ولو قال: لي ليس على فلان شهادةٌ، ثم شهد له لم تُقْبَلْ.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه تُقبل شهادته، لاحتمال النسيان أيضاً.

وروي ابن رستم عن محمد: إذا قال: لا شهادةَ لفلان عندي في حقٍّ بِعَيْنِهِ، ثم جاء وشَهِدَ له قُبلت؛ لأنه يقول: نَسِيتُ. ولو قال: لا أَعْلَمُ لي حقّاً، أو لا أَعْلَمُ لي حجةً، ثم ادعى حقّاً، أو جاء بحجة قُبِلَتْ. ولو قال: ليس لي حق لا تُقبل. ولو قال: ليس لي حُجة، قُبلت بينته، لاحتمال الخفاء في البينة دون الحق.

وروى ابنُ سماعة عن محمد: قال هذه الدارُ ليست لي، ثم أقام البينةَ أنها له قُضِيَ له بها؛ لأنه لم يُثبت بذلك حقّاً لأحدٍ، فكان ساقطاً. ألا يرى أن الْمُلاَعِنَ إذا ادعى نسب الولد صح، لما أنه لم يثبت النسبَ من غيره باللعان.

وروى هشام عن محمد: لو قال: لا حق لي بالري في دارٍ، ولا أرضٍ، ثم أقام البينةَ على ذلك في يد إنسان بالري قُبلت.

ولو عَيَّنَ فقل لا حق لي بالري في رُستاقٍ كذا في يد فلان، ثم أقام البينةَ لم تُقبل، إلا أن تقوم البينةُ أنه أخذه منه بعد الإقرار.

---

(١) طعن. منه.

ولو قال لرجل: ادفع إليَّ هذه الدارَ أَسْكُنْهَا أو هذا الثوبَ أَلْبَسْهُ، ونحو ذلك، فأبى، ثم ادعى السائلُ ذلك صح؛ لأنه يقول: إنما طلبتُها بطريق الملك لا بالعاريةِ.

وفي «الفتاوى»: باع عقاراً، وابنُه أو زوجته حاضرٌ، وتَصَرَّفَ المشتري فيه، ثم ادعى الابنُ أنه ملكُه ولم يكن لأبيه، اتفق مشايخنا أنه لا يُسْمَعُ مثلُ هذه الدعوى، وهو تلبيس محضٌ، وحضوره عند البيع، وتَركُ المنازَعةِ إقرار منه أنه مِلكُ البائع، وجُعِلَ سكوته في هذه الحالة كالإفصاح[١] بالإقرار قطعاً للأَطْمَاعِ الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس.

ولو باع ضيعةً، ثم ادعى أنها كانت وقفاً عليه وعلى أولاده لا يُسمع للتناقض؛ لأن الإقدامَ على البيعِ إقرارٌ بالملك، وليس له تحليفُ المدعى عليه.

ولو أقام البينة؟ قيل: تقبل؛ لأن الشـهادةَ على الوقف تقبل من غير دعوى ويُنْقَضُ البيعُ.

وقيل: لا تقبل هاهنا؛ لأنها تُثْبِتُ فسادَ البيعِ وحقّاً لنفسه، فلا تسمع للتناقض.

ولو رد الجارية بعيب، فأنكر البائعُ البيعَ، فأقام المشتري البينةَ على الشراء، وأقام البائعُ البينةَ أنه قد برأ إليه من العيب لم تُقبل؛ لأن جحودَه البيعَ إنكارٌ للبراءة، فيكون مكذِّباً شهوده.

ولو أنكر النكاحَ، ثم ادعاه قُبِلَتْ بينته على ذلك، وفي البيع لا تُقبل؛ لأن البيعَ انفسخ بالإنكار، والنكاح لا[٢]. ألا يرى أنه لو ادعى تزويجاً على ألف، فأنكرت، فأقامت البينةَ على ألفين قُبلت، ولا يكون إنكارُها تكذيباً للشهود، وفي البيع لا تُقبل، ويكون تكذيباً للشهود.

---

(١) إظهار. منه.

(٢) أي لا ينفسخ. منه.

كتاب الإقرار

وهو في الأصل: التسكينُ، والإثباتُ، والقَرارُ السكونُ، والثباتُ.

وفي الشرع: إخبارٌ بما عليه مِن الحقوقِ، حتى لو أقر بدينٍ، أو عينٍ على أنه بالخيار ثلاثةَ أيامٍ لزمه المالُ، وبَطل الخيارُ وإن[1] صدَّقه المقَرُّ له في الخيار؛ لأن الخيارَ للفَسخِ، وهو[2] لا يحتمل الفسخ؛ لأنه[3] إخبارٌ، والفَسخُ يَرِدُ على العُقُودِ.

وفي قيد «الإخبار» دلالةٌ على أنه[4] ليس بإنشاء، ولهذا قالوا: لو أقر بمالٍ لغيره، والمقر له يعلم أنه كاذب لا يحل له في الباطن، إلا أن يُسَلِّمَه بطِيبٍ من نفسه، فيكون هِبَةً مُبْتَدَأَةً.

ولو أقر لإنسان بعَينٍ مملوكةٍ لغيره يصح؛ لأن الإخبارَ في مِلك الغير صحيح دون الإنشاءِ، وإذا ملكه يَنفذ في حقِّ نفسه.

ولو أقر بالطلاق مُكْرَهاً لا يصح.

ولو كان إنشاءً لَصَحَّ.

وقيد «الإخبارُ بما عليه»؛ لأنه لو كان لنفسه يكون دعوى لا إقراراً.

(وهو) أي الإقرارُ (حُجَّةٌ على المقِرِّ إذا كان) المقرُّ (عاقلاً بالغاً) وطائعاً، ويصح

---

(١) وصل. منه.

(٢) إقرار. منه.

(٣) إقرار. منه.

(٤) إقرار. منه.

إقرار العبد في بعض الأشياء على ما مر في الحجر (وأَقَرَّ لِمَعْلُومٍ) أي لشخصٍ معلومٍ، وصدَّقَه المقر له.

(وسواءٌ أَقَرَّ بمعلومٍ) أي بشيءٍ معلومٍ (أو مجهولٍ) وكان بَدَلَ مال أو لم يكن؛ لأنه قد يكون عليه حق، ولا يَدري كميتَه[1] كغَرَامَةِ مُتْلَف لا يَدْرِي كم قيمته، أو أَرْشِ جراحة، أو باقي دَين، أو كان يَعلمه، ثم نَسِيَ.

احترز بالقيدين الأولين عن إقرار الصبي والمجنون، فإنه غيرُ لازمٍ مطلقاً.

قيدنا بقولنا: «طائعاً»؛ لأن إقرارَ المكرَه غيرُ مُلزِم.

وبقولنا: «وصدَّقه المقرُّ له»؛ لأنه إذا كذَّبه لا يَلزمه.

وقيد بقوله: «المعلوم»؛ لأنه لو كان لمجهول، فإنه غيرُ لازم سواء تَفَاحَشَت جَهَالته، كما إذا قال لواحد: عليَّ درهمان، أو لم تَتَفَاحَشْ، كما إذا قال لأحد هذين: عليَّ درهمان؛ لأن المجهولَ لا يَصْلُحُ للاستحقاقِ، لكن قال صاحب «الكافي»: إنه يجوز لمجهول إذا لم يَتَفَاحَشْ لإمكان أن يتفقَ المقرُّ لهما على الأَخْذِ، ويَصْطَلِحَا بينهما.

وكذا لا يجوز الإقرارُ بجهالة المقرِّ عليه، كما إذا قال: لك على أَحَدٍ منَّا ألفُ درهمٍ؛ لأن المجهولَ لا يُقضَى عليه.

(ويُبَيِّنُ المجهولَ)؛ لأن التجهيل من جهته وإن امتَنَعَ عن بيان ما أَجْهَلَه أُجْبِرَ على بيانه.

(فإن قال: له عليَّ شيءٌ، أو حقٌّ: لَزِمَه أن يُبَيِّنَ ما له قيمةٌ) عُرفاً؛ لأن مَا لاَ قيمةَ له لا يَثبت في الذمةِ. وإذا فسَّره به يكون رجوعاً عن إقراره، فلا يُسمَعُ.

---

(١) أي قدره. منه.

قيدنا بقولنا: «عُرفاً»؛ لأنه لو فسَّره بِـحَبَّةٍ من حنطةٍ لا يُسمَعُ؛ لأنه لا قيمةَ لها في العُرْفِ وإن[1] كان لها قيمةٌ في نَفسِ الأمرِ.

(فإن كذَّبه المقرُّ له فيما بَيَّنَ) ولا بينةَ له (فالقولُ للمقرِّ، مع يَـمينِه)؛ لأنه منكِر للزيادةِ.

(وإن أقرَّ بِـمالٍ: لم يصدَّقْ في أقلَّ من درهمٍ)؛ لأن ما دونه لا يُعَدُّ في العُرْفِ مالاً.

(وإن قال): له عليَّ (مالٌ عظيمٌ: فهو نصابٌ من الجنسِ الذي ذَكَرَه)؛ لأن المالَ العظيمَ هو النصابُ لكون صاحبه عظيماً عند الناس.

وعن أبي حنيفة: أنه مقدر بعشرة دراهم؛ لأنها عظيمةٌ، حتى يستباح بها الفرجُ وقُطِعَ بها اليدُ المحرمةُ، والأولُ أصحُّ.

(ففي الإبلِ: خمسٌ وعشرون) معناه: إن ذَكَرَ من الإبل، فخمسٌ وعشرون بعيراً؛ لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه، وإن ذكر من البقر، فثلاثون بقرةً، ومن الغنم أربعون شاةً، ومن الدراهم مائتا درهمٍ، ومن الذهب عشرون مثقالاً.

(وفي الحنطةِ: خمسةُ أوسقٍ)؛ لأنه هو المقدَّرُ بالنصاب عندهما.

وعند أبي حنيفة: يُرجَع إلى بيان المقر، وهي جَمْعُ وَسَـقٍ، وهو ستون صاعاً[2].

(وقيمـةُ النصـابِ): معتبرة (في غيرِ مـالِ الزكـاةِ) كالعروضِ، والحديدِ، ونحوِهما؛ لأن النصابَ عظيمٌ؛ لأن مالكَهُ غَنِيٌّ، والغَنِيُّ مُعظَّمٌ عند الناس.

---

(١) وصل. منه.

(٢) وهو ألف وأربعون درهماً. منه.

(فإن قال): له عليَّ (أموالٌ عِظام: فَثَلاَثَةُ نُصُبٍ) من الجنس الذي سماه؛ لأن العِظَامَ جمعُ عظيم، وأقلُّ الجمع ثلاثةٌ.

(وإن قال: دراهمُ: فثَلاثَةٌ) ولا يُصَدَّق في أقلَّ منها؛ لأنها أقلُّ الجمع.

(وإن قال: كثيرةٌ) أي دراهم كثيرةٌ (فَعَشرةٌ) وقالا: نصابٌ؛ لأنه كثيرٌ، وبه يَثبت الغِنَاءِ.

ولأبي حنيفة: أن العشرةَ أَقْصَى ما يَنْتَهِي إليه اسمُ الجمعِ، وبعدها يُذْكَرُ بالتركيبِ، ويقالُ: أحدَ عشر، فيُصْرَفُ إليها.

والخلاف في الدنانير كذلك[1].

ولو قال: له عليَّ دراهمُ مُضَاعَفَةٌ يلزمه ستةٌ.

ولو قال: أضعافٌ مضاعفةٌ يلزمه ثمانيةَ عشر.

وفي «الاختيار»: وكل ما ذكرنا من التقديرات لو زاد فيها قُبِلَ؛ لأنه اعْتَرَفَ بما أَجْمَلَ، ويلزمه من الدراهم المعتادةِ بالوزن المعتاد في البلد. وإن كان في البلد أوزانٌ مختلفةٌ، أو نقودٌ وجب أقلها للتيقن.

ولو قال: عليَّ ثيابٌ كثيرة، أو وصائِفُ[2] كثيرةٌ يلزمه عنده عشرة.

وعندهما: ما يبلغ قيمته مائتي درهم، لما مر.

(وإن قال): له عليّ (كذا درهماً: فدرهمٌ) أي فعليه درهم؛ لأنه فَسَّرَ ما أَبْهَمَ.

---

(١) يعني لو قال: له عليَّ دنانير كثيرة فعشرة عنده، ونصاب عندهما، لما مر. منه.

(٢) جمع وصيفة، وهي التي الأمة [illegible] وصيف، جمعه الوُصَفَاء. منه.

وقيل: يلزمه عشرون، وهو القياسُ؛ لأن كذا يُذْكَرُ للعدد عُرفاً، وأقلُّ[١] عددٍ غيرِ مركب يُذْكَرُ بعده الدرهم بالنَّصْبِ عشرون[٢].

وفي «المحيط»: لو قال: كذا درهماً، فعليه درهمان؛ لأن كذا كناية عن العدد، وأقلُّ العدد اثنان.

(وكذا كذا) أي وإن قال: له عليَّ كذا كذا درهماً يَلزمه **(أحدَ عشر)** درهماً؛ لأن كذا كناية عن عدد مجهول، فقد أقر بِعَدَدَيْنِ مجهولَين ليس بينهما حَرْفُ عطفٍ، وأقلُّ ذلك من العدد المفسَّر أحد عشر[٣].

(وإن ثَلَّثَ) قوله: كذا بلا وَاوٍ[٤] **(فكذلك)** أي يَلزمه أحدَ عشر درهماً؛ لأنه لا نظير له سواه.

(وإن قال: كذا وكذا: فأحدٌ وعشرون)؛ لأنه ذكر عددين مُبْهَمَيْنِ بينهما حرف عطف، وأقلُّ ذلك من العدد المفسَّر أحد وعشرون، فيُحْمَلُ كل منهما[٥] على نظيره.

(ولو ثَلَّثَ) لفظ «كذا» **(بالواو)** بأن قال: له عليَّ كذا وكذا وكذا.

(تُزَادُ مِائَةٌ) فيَلزمه مائة وأحد وعشرون؛ لأن الواوين يُوجَدَان فيها.

(ولو رَبَّعَ) قوله كذا **(بالواو)** بأن قال: له عليَّ كذا وكذا وكذا وكذا **(تُزَادُ ألفٌ)** فيَلزمه ألفٌ ومائةٌ وأحد وعشرون[٦] اعتباراً بالنظير من المفسَّر.

---

(١) مبتدأ. منه.

(٢) خبره. منه.

(٣) وأكثره تسعة وعشرون، فحمل إقراره على الأقل؛ لأنه متيقن. منه.

(٤) بأن قال: له عليَّ كذا كذا كذا درهماً. منه.

(٥) أي من الإقرارين بالعددين المجهولين: أحدهما: قوله: كذا كذا، والآخر: قوله: كذا كذا. منه.

(٦) لأن فيها ثلاث واوات. منه.

(وكذلك كلُّ مَكِيلٍ، وموزونٍ) مثلاً لو قال: له عليَّ كذا وكذا وكذا وكذا مُدّاً[١] من الحنطة يَلزمه ألف ومائة وأحد وعشرون مُدّاً. وكذا لو قال: له عليَّ كذا وكذا وكذا وكذا مَنّاً[٢] من العسل يلزمه ألف ومائة وأَحَدٌ وعشرون مَنّاً، وقِسْ على هذا[٣].

وفي «الاختيار»: وهذا كله إذا ذَكَرَ الدرهمَ بالنصب[٤]، وإن ذكره بالخفض بأن قال: كذا درهم.

عن محمد: مائة درهم؛ لأن أقل عددٍ يُذكر الدرهمُ عقيبَه بالخفضِ مائةٌ. وإن قال: كذا كذا درهمٍ يلزمه مائتان. ولو قال: كذا وكذا ديناراً ودرهماً، فعليه أحد عشر منهما بالسوية عملاً بالشركة. ولو قال: عشرةٌ ونَيفٌ، فالبيان في النَّيفِ إليه، ويقبل تفسيرُه في أقل من درهم؛ لأنه عبارة عن مطلق الزيادةِ، يقال: نَيفٌ على الستين إذا زاد عليها. ولو قال: عليَّ بِضْعٌ وعشرون، فالبِضْعُ ثلاثةٌ فصاعداً.

ولو قال: عليَّ مائة ودرهم، فالكل دراهم. وكذا كلُّ ما يُكَالُ ويُوزَنُ[٥]. ولو قال: مائةٌ وثوبٌ يلزمه ثوبٌ واحدٌ، وتَفْسيرُ المائةِ إليه، وهو القياس في الدراهم[٦]؛ لأن المائة مُبهمة، والدراهمُ لا يصلح تفسيراً؛ لأنه معطوفٌ عليها، والتفسير لا يُذكر بحرف العطف.

---

(١) وهو نصف نصف الصاع. منه.

(٢) وهو رطلان كالمد. منه.

(٣) فإنه لو قال: له عليَّ كذا قفيزاً من الحنطة فقفيز. وإن قال له: عليَّ كذا كذا مناً من السكر، فأحد عشر. ولو قال له: عليَّ كذا كذا قفيزاً من الحنطة فأحد وعشرون. ولو ثلث بالواو يزاد مائة. منه.

(٤) بأن قال: كذا درهماً. منه.

(٥) يعني لو قال: له عليَّ مائة وقفيزُ حنطةٍ يكون المائة قفيزاً. وكذا لو قال: له عليَّ مائة، ومنُّ عَسَلٍ يكون المائة مناً. منه.

(٦) كما هو قول الشافعي. منه.

وجه الاستحسان ـ وهو الفرقُ ـ: أنهم[١] استثقلوا عند كثرة الاستعمالِ، والوجوب التكرارَ في كل عددٍ. واكتفوا به[٢] مرةً واحدةً عقيب العددين، وذلك[٣] في الدراهم والدنانير، والمكيل والموزون.

أما الثيابُ وما لا يُكَالُ ولا يُوزَنُ، بَقِيَ على الأصل؛ لأنه لا يكثر وجوبها.

وكذا لو قال: مائة وثوبان لما بينا.

ولو قال: مائة وثلاثة أثواب، فالكل ثياب، كما ستقف عليه؛ لأنه ذَكَرَ عقيبَ العددين ما يَصْلُحُ تفسيراً لهما، وهو الثيابُ؛ لأنه ذكرها بغير عاطف، فانصَرَفَ إليهما، لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير. وكذلك الإقرارُ بالغصب في جميع ما ذكرنا من الصُّوَرِ.

(**وإن قال: له عليَّ، أو قِبَلِي: فهو دَيْنٌ**)؛ لأن كلمة «على» يُستعمل للإيجاب، ولفظ «قبلي» بكسر القاف وفتح الباء يُسْتَعْمَلُ في الضمانِ.

(**وعندي**) أي وإن قال: له عندي (**ومعي، وفي بيتي: أمانةٌ**) أي فقد أقر أنه أمانة؛ لأنه يُستعمل في الأمانات. وكذا في كِيسِي، أو صُنْدُوقِي، وأَشْبَاهِهِ.

(**ولو قال لآخر: لي عليك ألفٌ، فقال**) المخاطَبُ: (**اتَّزِنْـهَا، أو انْتَقِدْهَا، أو أَجِّلْنِي بها، أو قَضَيْتُكَهَا، أو أَحَلْتُكَ بها: فهو إقرارٌ**)؛ لأن الضميرَ في «اتزنها» راجع إلى الألف، أَنَّثَهَا باعتبار الدراهم، فكأنه قال: اتزن الألفَ التي لك عليَّ.

(**وإن لم يذكر الكناية**) أي الضميرَ بأن قال: اتزن بلا ضمير (**لا يكونُ إقراراً**)؛ لأن الاتزان يَحْتَمِلُ أن يكون مَصروفاً إلى الألف وإلى غيره، فلا يكون إقراراً بالشك.

---

(١) أي العرب. منه.

(٢) أي بذكره مرة. منه.

(٣) أي كثرة الاستعمال والوجوب. منه.

وفي «الخلاصة»: إذا تَصَادَقَا على أنه قال: اتزنها على وجه السُّخْرِيَّةِ لا يكون إقراراً إلى هنا كلامه.

وطلبُ التأجيلِ ودعوى القضاء والإحالةِ كل منها يدل على سَبْقِ الوجوبِ.

ولو قال: لا تُخْبِرْ فلاناً أَنَّ له عليَّ ألفَ درهم، الصحيحُ أنه لا يكونُ إقراراً.

ولو اشترى أَمَةً، فلما كَشَفَتْ وجهَها، قال: هي جاريتي لا يُسْمَعُ دعواه في الأصح؛ لأن شِرَاءَها إقرارٌ منه، بأنها للبائع. وكذا الاستيدَاعُ ونحوُهُ.

(**ومن أقرَّ بدينٍ مُؤَجَّلٍ، وادعى المقرُّ له أنه حالٌّ: استُحْلِفَ**) المقرُّ له (**على**) نفي (**الأجل**)؛ لأنه ينكِرُ ما ادعاه المقِرُّ من حق الأجل.

(**ولو قال: له عليّ مائةٌ ودرهمٌ، فالكلُّ دراهمُ**)؛ لأن قولَه: ودرهم بيان للمائة عادة؛ لأن الدراهم يكثر استعماله واستثقلوا تكراره في كل عدد، واكتفوا بذكره مرة، كما قررنا آنفاً.

(**وكذا كلُّ ما يكالُ ويُوزَنُ**) مثلاً لو قال: له عليَّ مائة وقفيز حنطة أو مائة ومن عسل يكون المائة من جنس ذلك المقدَّرِ، وقد بيناه.

(**ولو قال**): له عليَّ (**مائةٌ وثوبٌ: لَزِمَه ثوبٌ واحدٌ، وتَفْسِيرُ المائةِ إليه**) أي إلى المقر.

(**وكذا**) لو قال: له عليَّ مائة (**وثَوْبَانِ**) لزمه ثوبان، وتفسيرُ المائة إلى المقر؛ لأن الثوب لم يَكْثُر استعماله، ولا يُذْكَرُ لبيان المائة، فيَبْقَى المائةُ على إبهامها.

(**ولو قال**): له عليَّ (**مائةٌ وثلاثةُ أثوابٍ: فالكلُّ ثيابٌ**)؛ لأن الأَثْوَابَ لم تُذْكَرْ بحرف العطف، فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير، كما مر ذكره.

(ومن أقَرَّ بخاتمٍ: لزمه الحَلْقَةُ، وَالفَصُّ)؛ لأن الاسم يتناولهما عُرفاً.

(وبسيفٍ) أي ومن أقر بسيف لزمه، (النَّصْلُ) وهو حديدته، (والجَفْنُ) وهو غمده، (والحَمَائِلُ) وهو جمع الحِمَالَةِ بكسر الحاء، وهو علاقته لما قررنا.

(ومن أقرَّ بثوبٍ) يعني أقر بغصب ثوبٍ (في مِنديلٍ، أو) بثوبٍ (في ثوبٍ: لَزِمَاهُ) أي لزمه الظرفُ والمظروفُ؛ لأنه أقر بغصب شيء موصوفٍ بالمظروفية، وذا لا يتحقق بدون غصب الظرف. هذا إذا صَلَحَ الثاني للظرفية. وإذا لم يَصْلُحْ كما إذا قال: غَصَبْتُ درهماً في درهم لم يلزمه الثاني، بخلاف ما لو قال: غَصَبْتُ تمراً من قَوْصَرَّة[1]؛ لأنه يكون إقراراً بغصب المنزوع منها. ولو أقرَّ بغصبِ ثوبٍ في عشرةِ أثوابٍ لزمه أحدَ عشر ثوباً عند محمد؛ لأن العشرةَ قد يكون وِعَاءً للثوبِ النفيسِ، فصار كقوله: حنطةً[2] في جُوَالِقَ.

وقال أبو يوسف: لا يَلزمه إلا ثوبٌ واحدٌ؛ لأن الثوبَ الواحدَ لا يُصَانُ[3] في عشرة أثوابٍ عادةً، فيُحْمَلُ على بيانِ محله، كما لو قال: غَصَبْتُ إكَافاً على حمارٍ.

(ومن أقر بخمسةٍ في خمسةٍ: لزمه خمسةٌ وإن[4] أراد الضربَ) «إن» هذه للوصل.

وقال زفر: يلزمه خمسةٌ وعشرون؛ لأنه هو الحاصلُ من ضَربِ خمسةٍ في خمسةٍ.

ولنا: أن المقرَّ به خمسةٌ مضروبةٌ، والخمسةٌ إذا ضُرِبَت بخمسةٍ يَكثر أَجْزاؤُها،

---

(١) القوصرة بالتشديد زنبيل فيه تمر، وبالتخفيف الذي ليس فيه تمر، كما قيل: أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة. منه.

(٢) أي غصبت حنطة. منه.

(٣) أي لا يحفظ. منه.

(٤) وصل. منه.

لا أَنَّ عَيْنَها يَكثر، ويَبلغ خمسةً وعشرين؛ إذ لو كان كَثُرَ لَمَا بَقِيَ في الدنيا فقير؛ لأنه يضرب مائة في ألف درهم، فيصير مائة ألف درهم.

ولو عَنَى به[١] مع خمسة لزمته عشرة؛ لأن «في» يجيء بمعنى «مع» كما قال تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾[٢]، أي معهم.

(ولو قال: له عليَّ من درهمٍ إلى عشرةٍ، أو) قال: **(ما بين درهمٍ إلى عشرةٍ: لزمه تسعةٌ)** وقالا: يلزمه عشرة.

وقال زفر: ثمانيةٌ؛ لأنه يَسقط الغايتان، ويَبْقَى ما بينهما، وهو القياسُ، كقوله: «من هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ» ليس له شيء من الحائطين.

ولهما: وهو الاستحسانُ أَنَّ مِثْلَ هذا الكلامِ يراد به الكلُّ، كما يقول لغيره: خُذْ من دراهمي من درهم إلى عشرة، ويدخل الغايتان.

ولأبي حنيفة: أن هذا الكلامَ يُذْكَرُ لإرادة الأقل من الأكثر، والأكثرِ من الأقلِّ، قال ﷺ: «أَعْمَارُ أمتي ما بين الستين إلى السبعين».

والمراد فوق الستين ودون السبعين.

وكذلك يقولون: عمري من ستين إلى سبعين، أو ما بين ستين إلى سبعين، ويريدون به أكثرَ من ستين، وأقلَّ من سبعين، ولأن آخِرَ العشرة غايةٌ، والغايةُ قد تدخل وقد لا تدخل، فلا يثبت بالشك.

قال صدرُ الشريعةُ في «شرح الوقاية»: ومن المسائل الكثيرة الوقوع: أنه أقر، ثم ادعى أنه كاذبٌ في الإقرار.

---

(١) أي بقوله: في خمسة. منه.

(٢) سورة الفجر: ٢٩.

فعند أبي حنيفة ومحمد: لا يُلتفتُ إلى قوله[١]، ولكن يُفْتَى على قول أبي يوسف: إن المقرَّ له يحلف أن المقر لم يكن كاذباً.

وكذا لو ادعى وارث المقر[٢]، فعند البعض: لا يُلتفت إلى قوله: لأن حق الورثة لم يكن ثابتاً في زمن الإقرار، والأصح التحليفُ لأن الورثةَ ادعوا أمراً. لو أقر به المقر له يلزمُه، فإذا أنكر يُستحلف. وإن كان الدعوى على ورثة المقر له، فاليمين عليهم بالعلم أنا لا نعلم أنه[٣] كان كاذباً.

(**ويجوز الإقرارُ بالحملِ**) يعني حَمْلَ جاريةٍ، أو شاةٍ؛ لأن له[٤] وَجْهاً، بأن أوصى رجل بالحمل لآخَرَ، ومات، فأقر وارثُه بأن هذا الحملَ لفلان.

(**وله**) أي ويجوز الإقرارُ للحَمل بأن قال لحَمْلِ فلانةٍ: عليَّ ألفُ درهم، ولزمه المالُ.

(**إذا بَيَّنَ سبباً صالحاً للمِلْكِ**) كالإرث بأن قال: وَرِثَ الحَمْلُ من أبيه ألفَ درهم، فاستهلكتُها، أو الوصية بأن قال: أوصى له فلان ومات، ثم إن وُلِدَ الحَمْلُ في مدة يُعْلَمُ أنه كان قائماً وقتَ الإقرارِ يكونُ المالُ له، وإن وُلِدَ ميتاً يُرَدُّ المالُ على ورثة المورِث أو الموصِي، وإن جاءت بولدين، ففي الوصية يُقسَم بينهما على السوية، كذا في «المحيط».

وإن بين سبباً فاسداً، كما إذا قال: أَقْرَضَنِي حَمْلُ فلانٍ لا يصح. وإن لم يبين سبباً قال أبو يوسف: لا يصح إقراره؛ لأن لجوازه وجهين: الإرثَ والوصيةَ،

---

(١) أنه كاذب. منه.

(٢) كذب المقر. منه.

(٣) أي المقر. منه.

(٤) إقرار. منه.

ولفسادها وجوهاً، وأجازه محمد؛ لأنه يحتمل الجوازَ والفسادَ، فيُحْمَلُ على السببِ الصالحِ تصحيحاً لكلامه.

(ومَنْ أَقَرَّ بشرطِ الخيارِ) كما إذا قال: له عليَّ ألف على أني بالخيار ثلاثةَ أيامٍ (لَزِمَهُ المالُ، وَبَطَلَ الشَّرْطُ)؛ لأن الإقرارَ لا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، وقد مَرَّ بيانه.

* * *

فصل [في الاستثناء في الإقرار]

(إذا استثنى) مما أقر به (بعضَ ما أقرَّ به) سواء كان أكثرَه أو أقلَّه (متصلاً بإقراره صحَّ) استثناؤه (ولَزِمَهُ البَاقِي) من المستثنَى؛ لأن استثناءَ البعضِ من الكل قَلَّ أو كَثُرَ صحيح، فيُعْتَبَرُ إن اتصل بإقراره؛ لأنه بيانُ تَغيِيرٍ. ولو انفَصَلَ عنه يكون رجوعاً عن إقراره بعد صحته، وذا لا يجوز.

(واستثناءُ الكلِّ) كما إذا قال: له عليَّ قفيزُ بُرٍّ إلا قفيزَ بُرٍّ (باطلٌ) استثناؤه وإن[1] ذَكَرَهُ موصولًا؛ لأنه لا يكونُ بياناً لكلامه، بل يكونُ رجوعاً عن إقراره، وذا غَيْرُ جائز.

وفي «زيادات» صاحب «الهداية»: أن استثناءَ الكلِّ من الكلِّ إنما يَبطل إذا كان بعَينِ لفظِ المستثنَى منه.

وأما إذا كان بغيره، فصحيح، كما لو قال: ثُلُثُ مالي لزيد، إلا ألفاً وثُلُثُ[2] ماله ألف، فيصح الاستثناءُ[3]، ولا يكونُ لزيد شيء، كما لو قال لنسائه الأربع: نسائي طوالق إلا هذه الأربعَ صح استثناؤه، ولا يقع الطلاق. ولو قال نسائي: طوالقُ إلا نسائي لم يصح[4]؛ ويقع الطلاق.

وفي «الاختيار»: ولو قال لفلان: عليَّ ألفُ درهمٍ يا فلانُ إلا عشرة، صح الاستثناءُ؛ لأن النداءَ لتنبيه المخاطَب، وأنه محتاج إليه لتأكيدِ ذلك، فلا يكون

---

(١) وصل. منه.

(٢) حال. منه.

(٣) لأنه الاستثناء بغير لفظ المستثنى منه، فيجوز. منه.

(٤) استثناؤه؛ لأنه استثناء الكل بعين لفظ المستثنى منه، فلا يجوز. منه.

فاصلاً. ولو قال: له عليّ ألفُ درهم، فاشهَدُوا عليَّ بذلك إلا عشرةَ درهم، لا يصح الاستثناءُ؛ لأن الإِشهادَ يكون بعد تمام الإقرار، فكان الاستثناءُ بعد التمام[١].

(**وإن قال متصلاً بإقراره: إن شاء الله: بطل إقرارُه**) وكذا الحكم في كل إقرار عُلِّقَ بشرط، نحوُ: له عليّ ألف إن دخلتُ الدارَ؛ لأن اللزومَ حُكم الْمُنَجِّزِ لا حكمُ المعلَّق، ولا يمكن جَعْلُهُ[٢] إقراراً عند وجود الشرط؛ لأنه ليس بموجود في تلك الحالة[٣]، بخلاف تعليقِ الطلاق والعتاق؛ لأنه موجود من حيث إنه يمين.

وله: حكم في الحال، وهو الحمل[٤] والمنع[٥]، فأبقيناه، فوقع عند مجيء الشرط، كذا في «الغاية».

ولو قال: له عليَّ مائة درهم إذا مت، أو جاء رأس الشهر صح؛ لأنه تأجيل لا تعليق، حتى لو أنكر المقرُّ له الأجلَ يكون المالُ حالًّا.

(**وكذلك إن علَّق**) أي يبطل إقراره إن علَّقه (**بمشيئةِ مَن لا تُعْرَفُ مشيئتُه، كالجنِّ، والملائكةِ**) بأن قال: له عليّ ألف إن شاءت الجنُّ أو الملائكةُ لما بينا.

وفي «الاختيار»: ولو قال: إن شاء فلان، فَشَاءَ لا يلزمه شيء؛ لأن مَشيئةَ فلان لا يوجب الملكَ، وكذلك إن جاء الْمَطَرُ، أو هَبَّتِ الريحُ، أو كان كذا، لما بينا.

(**ومن أقرَّ بمائةِ درهم**) بأن قال: له عليَّ مائة درهم (**إلا ديناراً، أو إلا قَفِيزَ حنطةٍ: لزمه المائةُ، إلا قيمةَ الدينارِ، و**) قيمةَ (**القفيزِ**).

---

(١) أي تمام الإقرار، فلا يجوز استثناؤه. منه.

(٢) تعليق. منه.

(٣) أي في التعليق. منه.

(٤) بأن قال: إن لم تدخلي الدار، فأنت كذا، فإنه حمل على الدخول. منه.

(٥) بأن قال: إن دخلت الدار، فأنت كذا، فإنه المنع عن الدخول. منه.

(**وكذلك إذا استثنى كلُّ ما يُكَالُ**) بأن قال: له عليّ مائة درهم، إلا كُرَّ شعير (**أو**) استثنى ما (**يُوزَنُ**) بأن قال: له عليَّ مائةُ درهم إلا مَنَّ عَسَل (**أو**) استثنى (**ما يُعَدُّ**) بأن قال: له علـيَّ مائةُ درهم إلا خمسين بيضاً، لزمه المائةُ إلا قيمةَ ما استثناه.

(**ولو استثنى ثوباً، أو شاةً، أو داراً: لا يصحُّ**) استثناؤه.

وقال محمد: لا يصح استثناؤه في الكل.

وقال الشافعي: يصح في الكل باعتبار أن المستثنى يُجَانِسُ المستثنَى منه في المالية.

لمحمد: أن الدراهم لم يَتناول المستثنَى، فلم يصح إخراجه منها، كما لم يصح استثناءُ الثياب.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الدراهم تُجَانِسُ المستثنَى منه معنى، وهو صَلاحيةُ وجوبها في الذمة، فصح استثناؤه بالقيمة، وإن كانت مساوية له تصحيحاً لكلامه، بخلاف الثيابِ، فإنها لا تَثبت في الذمة، فلم تُجَانِسْها صورةً ومعنًى، فبطل.

وفي «الاختيار»: ولو قال: له عليَّ ألفٌ إلا شيئاً لزمه نصفُ الألفِ وزيادةٌ، والقولُ قوله[١] في الزيادة؛ لأن الجهالةَ في المقر به غيرُ مانعةٍ، ففي المستثنَى أولى إلا أن قولَه: شيءٌ يُعتبر به عن القليل عُرْفاً، فيكونُ أقلَّ من الباقي.

ولو قال: له عليَّ مائةُ درهم إلا قليلاً. قال أبو حنيفة: عليه أحد وخمسون.

ولو قال: عشرةٌ[٢] إلا بعضَها، فعليه أكثرُ من النصف.

---

(١) مقر. منه.

(٢) أي له عليَّ عشرة. منه.

ولو قال: له عليَّ ألفُ درهم إلا عشرةَ دنانيرَ، إلا قِيراطاً: لزمه ألفُ درهم إلا عشرةَ دنانيرَ إلا قيراطاً؛ لأن استثناءَ العشرةِ دنانيرَ صحيح، واستثناءَ القيراطِ من العشرة صحيح أيضاً؛ لأن الاستثناءَ من الاستثناءِ صحيح، ويَلْحَقُ بالمستثنَى منه قال تعالى: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ * إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾[1] استثنى آلَ لوطٍ من الهالكين، ثم استثنى امرأتَه من الناجين، فكانت من الهالكين.

(**ولو قال: غصبتُه من زيدٍ، لا، بل**) غصبتُه (**من عَمْرٍو: فهو لزيدٍ، وعليه قيمتُه لعمرٍو**)؛ لأن قولَه: «من زيد» إقرار له، ثم قولَه: «لا» رُجُوعٌ عنه، فلا يُقْبَلُ، وقولَه: «بل لعمرو» إقرار منه[2] لعمرو، وقد استهلكه بالإقرارِ لزيد، فتجب قيمته لعمرو.

ولو قال: له عليَّ ألف، لا، بل ألفان يلزمه ألفان استحساناً.

وفي القياس: ثلاثةُ آلاف، وهو قولُ زفر.

ولو قال: غَصَبْتُهُ عَبْداً أسودَ، لا، بل أبيضَ: لزمه عبدٌ أبيضٌ.

ولو قال: غصبتُه ثوباً هَرَوِيّاً لا بل مَرْوِيًّا: لزماه.

وكذا له عليّ كُرُّ[3] حنطةٍ، لا بل كُرُّ شعيرٍ لزماه.

ولو قال: لفلان عليّ ألفُ درهم، لا بل لفلان لزمه المالان.

ولو قال: له عليّ ألف، لا بل خمسمائة: لزمه الألفُ.

والأصل في ذلك: أن «لا بل» متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه. وكذلك من جنس واحد إذا كان المقر له اثنين. وإذا كان واحداً، والجنسُ واحد

---

(١) سورة الحجر: ٥٩-٦٠.

(٢) مقر. منه.

(٣) الكر: أربعون صاعاً. منه.

لزم أكثرُ المالين؛ لأن «لا بل» لاستدراك الغَلَطِ، والغَلَطُ إنما يقع غالباً في جنسٍ واحدٍ، إلا أنه إذا كان[1] لرجلين كان رجوعاً عن الأول، فلا يُقبل، ويَثبت للثاني بإقراره الثاني. وإذا كان الإقرار الثاني أكثرَ صح الاستدراكُ، ويصدّقه المقر له. وإن كان أقل منهما في الاستدراك، والمقر له لا يصدّقه، فيلزَمه الأكثر.

وجه قول زفر: إنه أقر بألف، فيلزمه.

وقوله: «لا رُجُوعٌ»، فلا يصدق فيه، ثم أقر بألفين، فيصح الإقرارُ، وصار كقوله: أنت طالق واحدة، لا، بل ثنتين.

وجوابه: أن الإقرارَ إِخبار يَجْرِي فيه الغَلَطُ، فيَجْرِي فيه الاستدراكُ، فيَلزمه الأكثرُ، والطلاقَ إنشاءٌ، ولا يملك إبطالَ ما أَنْشَأَ، فافترقا، كذا «الاختيار».

(**ومن أَقَرَّ بشيئَيْنِ**) بأن قال: له عليَّ مائةُ درهم، ومائةُ قفيزِ حنطةٍ (**فإن استثنى أحدَهما**) وقال: إلا مائةَ درهم مثلاً (**أو**) استثنى (**أحدَهما وبعضَ الآخر**) بأن قال: إلا مائة درهم، وقفيزي حنطةٍ، (**فالاستثناءُ باطلٌ**) في الجميع.

وقالا: استثناؤه في بَعْضِ الآخَرِ، وهو قَفِيزَا حنطةٍ في مثالنا جائز، وفي غيره باطل اتفاقاً؛ لأنه استثناءُ الكل من الكل.

قيدنا بـ«تقديم المائة»؛ لأنه لو قَدَّمَ القفيزين بأن قال: إلا قفيزي حنطة ومائة درهم يصح استثناءُ القفيزين اتفاقاً، لعدم الفاصل.

لهما: أن قولَه: إلا مائة درهم لا يكون فاصلاً بين استثناءِ القفيزين والإقرارِ، فصار كما لو قال: لفلان عليَّ ألفُ يا فلانُ إلا مائةً.

(١) إقرار. منه.

ولأبي حنيفة: أنه فاصل؛ لأنه كلام لغو كالسكوت بينهما[١]، بخلاف النداء؛ لأنه يفيد التنبيهَ، فيَلِيقُ بالإقرارِ.

(وإن استثنى بعضَ أحدِهما) بأن قال: إلا عشرةَ درهم، وإلا قفيزي حنطةٍ **(أو)** استثنى **(بعضَ كلِّ واحدٍ منهما)** بأن قال: إلا عشرةَ درهم، وقفيزي حنطةٍ **(صَحَّ)** استثناؤه **(ويُصْرَفُ إلى جنسه)**؛ لأن قولَه: إلا عشرةَ درهم استثناء صحيح مُفِيد، فلا يكون قاطعاً، فيصح العَطْفُ عليه، فيَلزمه مائةُ درهم، ومائةُ قفيزِ حنطةٍ إلا عشرةَ درهمٍ، وقفيزي حنطةٍ.

(واستثناءُ البناءِ من الدار: باطلٌ) كما إذا قال: هذه الدارُ لفلان، وبناؤُها لي، أو قال: إلا بناءَها؛ لأن البناء تابع للدار[٢]، وَوَصْفٌ لها؛ إذ الأصلُ فيها أرضُها، والبناءُ للقَرَار عليها، ولهذا يقال: دار معمورة، وغيرُ معمورة، فيدخل البناء في إقراره بالدار، فلا يصح استثناؤه.

والطوقُ في الجارية، والفَصُّ في الخاتم، والنَّخْلَةُ في البستان، والظِّهَارَةُ، والبِطَانَةُ في الجُبَّةِ نَظِيرُ البناءِ في الدارِ.

ولو قال: إلا ثُلُثَها، أو وإلا شيئاً منها صح؛ لأنه داخل فيه[٣] لفظاً، كذا في «الاختيار».

(ولو قال: بناؤها لي، والعَرْصَةُ لفلانٍ: فكما قال) أي يصح إقراره واستثناؤه؛ لأن العَرصةَ اسم للبُقْعة الواسعةِ بين الدور بلا بناء.

قيد بـ«العرصة»؛ لأنه لو قال مكانَها: الأرضَ، كما إذا قال: أرضُ هذه الدار

---

(١) أي بين الإقرار والاستثناء. منه.

(٢) والاستثناء تصرفٌ في الملفوظ لا التابع. منه.

(٣) دار. منه.

لفلان، وبناؤُها لي يبطل استثناؤه؛ لأن الأرضَ أصل، والبناءَ تَبَعٌ، فيكون الإقرارُ بالأصل إقراراً بالتَّبَعِ.

وأما لو قال: بناءُ هذه الدار لزيد، وأرضُها لعمرو، فيكونُ لكل منهما ما أقر به؛ لأن البناءَ لما صار مِلكاً لزيد بإقراره، فلا يَخْرُجُ عن ملكه بإقراره لعمرو.

وفي «الاختيار»: ولو أقر له بحائطٍ لزمه بأرضه؛ لأن الحائطَ اسم للمَبْنَى، ولا يُتصور بدون الأرض. وكذلك إذا أقر له بأُسطُوَانةٍ من آجُرٍّ. وإن كانت عن خشبٍ لا يلزمُه الأرضُ؛ لأن الخشبةَ تسمى أُسطوانةً قبل البناء، فإن أمكنه رَفْعُهَا بغير ضرر رَفَعَها، وإلا ضمن قيمتَها للمقر له، كما في غَصبِ الساجَةِ. ولو أقر بثمرة نخلة لا تَدخلُ النخلةُ. ولو أقر بنخلةٍ أو شجرةٍ يلزمُه موضعُها من الأرض؛ لأنه لا يُسمى شجرةً ونخلاً إلا وهو ثابت. وكذلك الكَرْمُ، ولا يلزَمُ الطريقُ؛ لأنه ليس من ضرورات الملك.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع: ادعى عيناً في يد إنسان أنه له لِمَا أن صاحب اليد أقر به لي، أو ادعى عليه دراهم، وقال في دعواه: لي عليه ألفُ درهم لِمَا أنه أقر بها لي، أو قال ابتداءً: إن هذا الرجل أقر أن هذا العين لي، أو أقر أن لي عليه كذا من الدراهم، هل يصح هذه الدعوى؟

بعض مشايخنا قالوا: تصح.

وبعضهم قالوا: لا تصح، وهو قول عامة المشايخ، لأن نفس الإقرار لا يصلح سبباً للاستحقاق، فإن الإقرار كاذباً لا يثبت الاستحقاق للمقر له، فقد أضاف الاستحقاق إلى ما لا يصلح سبباً. وكذا اختلفوا أنه هل يصح دعوى الإقرار من طرف الدفع، حتى لو أقام المدعَى عليه بينة أن المدعي أقر أنه لا حق له على المدعَى عليه، أو أقام بينةً على إقرار المدعي أن هذا العين ملك المدعَى عليه، هل

تُقبل؟ وعامتهم على أنه يصح دعوى الإقرار من طرف الدفع. وأجمعوا على أنه لو قال: هذا العين ملكي، وهكذا أقر صاحب اليد، أو قال: لي عليه كذا وهكذا أقر به المدعَى عليه أنه يصح الدعوى، وتُسمع البينة على إقراره؛ لأنه لم يجعل الإقرار سبباً للوجوب. وفي هذه الصورة لو أنكر هل يحلف على الإقرار فيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد. قيل: يحلف؛ لأنه لو نكل يثبت الإقرار. والفتوى على أنه لا يحلف على الإقرار، وإنما يحلف على المال.

(**وإن قال: له عليَّ ألفٌ من ثمن عبدٍ**) اشتريته منه (**لم أَقْبِضْهُ، ولم يُعَيِّنْهُ**) أي العبدَ، ولم يصدِّقْه المقرُّ له في عدم قَبْضِهِ (**لزِمه الألفُ**) وَصَلَ كلامَه أو فَصَلَ.

وقالا: إن صَدَّقه المقرُّ له في أنه ثمن صُدِّق وَصَلَ أم فَصَلَ. وإن كذَّبه، وقال: لي عليك ألف من قرضٍ، أو غصبٍ، أو غيرِ ذلك إن وَصَلَ صُدِّقَ، وإلا فلا.

ووجهه: أنهما إذا تصادقا على الجهة، فقد تَصَادَقَا على أن المقر به ثمن، فلا يلزمه قبل القَبضِ، والمقر يُنكر القَبضَ، فالقولُ قولُه وَصَلَ أم فَصَلَ. ومتى كذَّبه كان تغييراً لإقراره، فإن وَصَلَ صُدِّقَ، وإلا فلا.

ولأبي حنيفة: أن الثمن في غير المعين لا يجب عليه إلا بعد قبض المبيع؛ لأن البائعَ متى أتى بعبد فللمشتري أن يقول: المبيعُ غيرُ هذا، فلا يلزمه المالُ، فيكون إقراره بلزوم المال في غير المعين إقراراً بالقَبضِ، وإنكاره القَبضَ يكون رجوعاً عنه، فلا يصح مطلقاً.

(**فإن عَيَّنَهُ**) أي ذكر عبداً بعينه، وصدَّقه المقر له في شرائه وعدمِ قَبضِهِ.

(**فإن سَلَّمَه إليه**) إن سلم المقر له العبدَ إلى المقر (**لَزِمَتْهُ**) أي لزمت الألفُ على المقر (**وإلا، فلا**) أي وإن لم يُسلم المقر له العبدَ إلى المقر، فلا تَلزمه الألفُ اتفاقاً؛ لأن ما ثبت بتصادقهما صار كالثابت عِيَاناً.

قيدنا بـ«تصديقه»؛ لأنه إن كذَّبه في شرائه المعين، وقال: هذا لي ما بعتُكَه لا يلزم المقرَّ شيءٌ، أو قال: هذا لك، وإنما بعتُك عبداً غيرَه لزم المالُ على المقر لسلامة العبد له بإقرار ذي اليد، فلا يُعتبر الاختلافُ في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال. وإن قال: هذا لي إنما بعتك غيرَه يتحالفان؛ لأن كلًّا منهما مُدَّعٍ ومنكِرٌ، وإذا تَحَالَفَا بَطَلَ المالُ.

(**وإن قال**): له عليّ ألف (**من ثمنِ خمرٍ، أو خنزيرٍ: لزمته**) أي لزمته الألفُ على المقر، ولم يُقبل تفسيره وَصَلَ أو فَصَلَ؛ لأن ثمنهما لا يجب على المسلم، فيكون رجوعاً عن إقراره.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا وَصَلَ صُدِّقَ ولم يَلزمه شيء؛ لأنه بَيَّنَ بآخِرِ كلامه أنه لم يُرِدْ به الإيجابَ، وهو بيانُ مُغَيِّرٍ، فيقبل إذا وَصَلَ.

(**ولو قال**) له عليّ ألف (**من ثمن متاعٍ، أو أَقْرَضَني**) ألفاً (**وهي زُيُوفٌ**) وهي ما يردها بيت المال، ولكنها تَرُوجُ بين التجار (**أو نَبَهْرَجَةٌ**) وهي التي يردها التجار وبيت المال أيضاً، ولا يردها غيرهما، أو قال إلا أنها زيوف أو نحوها.

(**وقال المقرُّ له: جِيادٌ: فهي جِيادٌ**) وَصَلَ أو فَصَلَ.

وقالا: يُصَدَّقُ إن وَصَلَ.

وعلى هذا إن قال: هي ستوقة، أو رصاص، وإن لم يَذكر السببَ، وقال: له عليّ ألف درهم زيوف.

قيل: يُصَدَّقُ اتفاقاً إذا وَصَلَ؛ لأنه لم يصرِّح بالعقدِ واستحقاقُ الجَوْدَةِ كان به.

وقيل: لا يُصَدَّق أيضاً عند أبي حنيفة؛ لأن مطلقَ الإقرارِ يَنْصَرِفُ إلى العقودِ؛ إذ هي مشروعةٌ لا إلى الاستهلاكِ والغصبِ المحرم.

لهما: أن الدراهم عند إطلاقها تَنْصَرِفُ إلى الجياد، لوقوع التعامل بها، ويكون هذا بيانَ تغييرٍ، فيصح موصولاً، وصار كقوله: إلا أنها وَزْنُ خمسة[١].

ولأبي حنيفة: أن العقدَ يَقْتَضِي سلامةَ الثمن، فمطلق الدراهم لم يَتناول الزيوفَ وأَخَوَاتِـها؛ لأنها مَعِيبَة، ودعواها يكون رجوعاً عن مقتضَى ما أقرَّ به، فلا يُصَدَّق وإن[٢] وصل.

وقوله: «وزن خمسة» مقدارٌ، فيصح استثناؤه، ولا يصح استثناء الوَصْفِ لما مر في البناء.

(ولو قال: غصبتُها) أي الألفَ **(منه، أو أودعنيها: صُدِّقَ في الزيوف، والنَّبَهْرَجَةِ)** وإن[٣] فَصَلَ؛ لأن الغَصبَ يَرِدُ على ما يجده، والإنسانَ يودع ما يملكه، وذلك لا يَقْتَضِي السلامةَ عن العيوبِ.

(وفي الرَّصَاصِ، والسَّتُّوقةِ) وهي التي يكون اثنان منها فضة، وواحد نحاساً.

قيل: أخذها العَرَبُ من سِه تا.

(إن وَصَلَ: صُدِّقَ، وإلا: فلا) أي وإن لم يَصِلْ لا يُصَدَّقُ؛ لأنهما لَيْسَا من جنسِ الدراهم؛ لأن الاسمَ يتناولهما مجازاً، فلذلك لا يُشترط الوَصلُ.

ولو قال: له عليّ ألف، إلا أنها يَنقص كذا، فهو استثناء صحيح إن وَصَلَ صُدِّقَ، وإلا فلا.

* * *

---

(١) يعني لا وزن سبعة. منه.

(٢) وصل. منه.

(٣) وصل. منه.

[فصل في الإقرار في مرض الموت]

(وديونُ الصحةِ، وما لزمه في مرضه بسببٍ معروفٍ[١] **مقدم في القضاء على ما أقر به في مرضه وما أقر به في مرضه: مقدَّمٌ فيه على الميراث)** يعني يُقْضَى دينُ الصحةِ، والدينُ المعروفُ السببِ أوَّلاً، فإن فضل شيء قُضِيَ ما أقر به في مرضه، فإن فَضِلَ شيء، فللورثةِ.

وقال الشافعي: الدينُ المقرُّ به في المرض وغيرُه سواء؛ لأنه إقرارٌ صادرٌ من أهلِه، فيكون حُجةً، كما في الصحة، بل مرضُهُ أَدْعَى إلى رُجْحَانِ صِدْقِهِ.

ولنا: أن حقوقَ غرماءِ الصحـة، تعلقت بماله في أول مرضه لِعَجْزِه عن الاكتساب، فلا ينفذ إقراره في حقهم، بل يَنفذ في حقه بعد قضاء ديونهم، ولهذا يَنفذ من جميع ماله، وكان القياسُ ألا يَنْفُذَ إلا من الثلُث؛ لأن حقوقَ الورثةِ تَعَلَّقَ بالثلُثين، لكن تُرِكَ ذلك بالأثر. وهو ما رُوِيَ عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أقر المريضُ بدَينٍ، جاز ذلك عليه في جميع تَرِكَتِهِ.

وإنما قُدِّمَ معلومُ السببِ؛ لأن سببَه مُعَايَن، فصار كالدَّيْنِ الثابِتِ بالبينة. وكذا لا يجوز أن يقرَّ بَعَين في يده، وعليه ديون لما بينا. وكذا لا يجوز له أن يَقْضِيَ دَيْنَ بعضِ الغرماء دون البعضِ، لما فيه من إبطال حق الباقين.

وفي «الخلاصة»: لو أقر في المرض باستيفاء بعض ديون الصحة يصح. ولو أقر باستيفاء دينٍ أَدَانَهُ في المرض لا يصح إن كان عليه دين الصحة.

(وإقرارُ المريضِ) بدَيْنٍ أو عَيْنٍ **(لوارثِه: باطلٌ، إلا أن يُصدِّقه بَقيةُ الورثةِ)**؛ لأن المنعَ كان لحقهم، فإذا صَدَّقوه زال المانعُ.

---

(١) كالشراء والنكاح وبدل ما أتلفه. منه.

وقال الشافعي: يصح إقراره لوارث، كما صح لأجنبي.

ولنا: قولُ ابن عمر رضي الله عنهما إقرارُ المريضِ لغير وارث جاز وإن[١] أحاط بماله، وإن أقر لوارث، فغيرُ جائز، إلا أن تُصَدِّقَه الورثةُ.

وفي «الاختيار»: وكذا لا يصح إقراره[٢] أنه قَبَضَ منه دَيْنَه، أو رَجَعَ[٣] فيما وَهَبَه منه[٤] في مرضه، أو قَبَضَ[٥] ما غَصَبَه منه[٦]، أو رَهَنَه عنده، أو استَرَدَّ المبيعَ في البيعِ الفاسدِ، لما بينا. وكذا لا يجوز ذلك[٧] لعبد وارثِهِ ولا مكاتَبِهِ؛ لأنه يَقَعُ لمولاه ملكاً أو حقّاً.

ولو صَدَرَت هذه الأشياءُ منه[٨] للوارث، وهو[٩] مريضٌ، ثم بَرَأَ، ثم مات جاز ذلك كلُّه؛ لأنه لم يكن مَرَضَ الموت، فلم يتعلق به حق الورثة.

ولو أقر لأخيه وهو[١٠] وارثُه، ثم جاءه[١١] ابن ومات[١٢]، صحَّ الإقرارُ لأخيه.

ولو أقر له وله[١٣] ابنٌ، فمات الابنُ، ثم مات المقرُّ بطل الإقرارُ للأخ. وهذا

(١) وصل. منه.

(٢) مريض. منه.

(٣) أي أو أقر المريضُ أن الوارث رجع فيما وهبه له في مرضه. منه.

(٤) مريض. منه.

(٥) مريض. منه.

(٦) مريض. منه.

(٧) أي إقرار المريض. منه.

(٨) مقر. منه.

(٩) مقر. منه.

(١٠) حال. منه.

(١١) أي جاء من المقر. منه.

(١٢) مقر. منه.

(١٣) مقر. منه.

لأن الوارثَ من يرثُه، وذلك إنما يتبين بالموت، ففي المسألة الأولى لم يرث فصح، وفي الثانية وَرِثَ فلم يصح.

(ومن طلَّق امرأتَه ثلاثاً في مرضه، ثم أقرَّ لها) بدَيْنٍ **(ومات)** المقرُّ **(فلها الأقلُّ من الإقرارِ، والميراثِ)** لقيام التهمة، ببقاء العدة، فربما اتفقا على الطلاق ليصح إقراره لها زيادةً على ميراثها، فيَثبت أقلهما نَفْياً للتهمة. هذا إذا طلقها بسؤالها؛ لأنها لا ترث، فبقيا متهمين في ذلك. وأما إذا طلقها بلا سؤالها، فلها الميراثُ بالغاً ما بلغ، ولا يصح الإقرارُ لها؛ لأنها وارثة؛ إذ هو[1] فَارٌّ. وكذا لو تصادقا على الطلاق وانقضاءِ العدة في مرضه، ثم أقر لها أو أوصى.

وقالا: لها في هذه المسألة ما أقر لها، أو أوصى.

وقال زفر في المسألة الأولى: كذلك أيضاً لكونها أجنبيةً في المسألتين.

ولهما: أنها أجنبيةٌ بالطلاق، وانقضاءِ العدة، فيصح لها الإقرارُ والوصيةُ، لعدم التهمةِ، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن بقاءَ العدة دليلُ التهمة.

ولأبي حنيفة: أن التهمةَ قائمةٌ، فإنها تختار الفُرقةَ لينفتح عليها بابُ الوصيةِ والإقرارِ، فيَصِل إليها أكثرُ من ميراثها، ويَصطلحان على البَينونةِ، وانقضاءِ العدة كذلك. فإن كان الإقرارُ والوصيةُ أكثرَ من ميراثها جاءت التهمةُ، وفيه إبطالُ حقِّ الورثةِ، فلا يجوز، وإن كان الميراثُ أكثرَ، فلا تهمةَ، فيجوز الإقرارُ والوصيةُ.

(وإن أقرَّ المريضُ) بمال **(لأجنبي، ثم قال: هو ابني)** وصدَّقه الأجنبيُّ **(بَطَلَ الإقرارُ)** وثبت نسبه منه؛ لأنه تَـبَـيَّنَ أنه أقر للوارث؛ لأن النسبَ يثبت من وقت العلوق.

(ومن أقرَّ لامرأةٍ) أجنبيةٍ بمال **(ثم تزَوَّجها)** فمات **(لم يَبْطل)** إقرارُه.

---

(١) زوج. منه.

وقال زفر: يبطل؛ لأنه طَرَى[1] على إقراره ما يمنع صحتَه، فصار كما لو أوصى لها، أو وَهَبَ لها، ثم تزوجها.

ولنا: أن الزوجية تثبت مقتصرةً على زمانها لا مستندة كالبُنُـوَّةِ، فتَبَيَّنَ أنه أقر لأجنبيةٍ، بخلاف الوصيةِ؛ لأنه تمليكٌ بعد الموت، والزوجيةَ قائمةٌ عنده. والهبةُ في المرض كالوصيةِ.

اعلم أن الضبط في هذا المقام أن يقال: المقر له للمريض إن لم يكن وارثاً وقتَ الإقرار، ثم صار وارثاً قبل الموت. فإن كان الإرثُ بالنسب لا يجوز اتفاقاً، كالمسألة السابقةِ. وإن كان بالسبب، فمختلف فيه كهذه المسألة. وإن كان وارثاً وقتَ الإقرار[2] دون الموت يصح إقراره. وإن كان بالعكس[3] لا يصح. وإن كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما، كما إذا وَالَـى رجلاً، فأقر به، ثم فسخ الموالاةَ، ثم عَقَدَهَا ثانياً لا يجوز عند أبي يوسف؛ لأنه متهم في الفسخ.

ويجوز عند محمد؛ لأنه لما صار أجنبيّاً نفذ إقراره، هذا خُلاَصَةُ ما في «التبيين».

رجل أقر بدار للمرأة في صحته، وهي خراب، فعَمَرَها الرجلُ من ماله، ثم مات الرجلُ، وترك هذه الدار وابناً، فادعى الابنُ العمارةَ بينهما ميراثاً، والمرأةُ تدعي أنها دارُها وعمارتها لها. إن كان عَمَرَها بإذنها، فالعمارة لها، والنفقة دين عليها، فتَغْرَمُ حصةَ الابن. وإن كان عَمَرَها بغير إذنها لنفسه، فالعمارةُ ميراثٌ عنه، وتَغْرَمُ قيمةَ نصيبه[4] من العمارة إن شاءت، وتسلم العمارة كلها لها. هذا إذا عمرها

---

(١) حدثت. منه.

(٢) كما إذا أقر لأخيه، ثم ولد للمقر ابن. منه.

(٣) أي إن لم يكن وارثاً وقت الإقرار، ثم صار وارثاً قبل الموت، كما إذا أقر لأخيه الكافر فأسلم قبل موته. منه.

(٤) ابن. منه.

لنفسه. فإن عَمَرَها للمرأة بغير إذنها، فالعمارةُ لها، ولا شيء عليها من النفقة، وهو متطوع في ذلك. وكذلك على هذا التفصيل في عمارة كَرم امرأته وسائر أَملاكها من «فصول الأستروشني» في أواسط الفصل السابع.

(ويصحُّ إقرارُ الرجلِ بالولدِ، والوالدَيْنِ، والزوجةِ، والمولى) سواء كان الأسفلَ أو الأعلى (إذا صدَّقوه) لكن في الزوجة يُشْتَـرَطُ ألا تكونَ منكوحةَ الغَيرِ ومعتدَّتَه، وألا تكونَ تحت المقر أختُها ولا أربعٌ سواها.

وفي الولد أن يكونَ معبراً عن نفسه، وألا يثبت بمجرد دعواه، لما فيه من النظر له من ثبوت النسب، ووجوب النفقةِ وغيرِ ذلك.

قيد بقوله: «إذا صدقوه»؛ لأن لهم ولايةً على أنفسهم، فيتوقف الإقرارُ على تصديقهم، سواء وُجِدَ قبل موت المقر، أو بعده اتفاقاً. وإنما صح هذه الأقاريرُ لانعدام تَحْمِيلِ النَّسَبِ على الغير فيها[١].

(وكذلك المرأةُ) يعني يجوز إقرارُ المرأة بالولدِ، والوالدينِ، والزوجِ، والمولى، كما يصح إقرارُ الرجل بهؤلاء إذا صدقوها. وجاز تصديقهم قبل موت المقرة أو بعده اتفاقاً، إلا في المرأةِ إذا أقرت بنكاح رجل، وماتت فَصَدَّقها لم يصح عند أبي حنيفة لانقطاع النكاح بالموت، حتى لا يجوز له غسلها، خلافاً لهما؛ لأن الإرث من الأحكامِ.

(إلا في الولدِ) يعني إذا أقرت بالولد من زوجها القائم لا يصح؛ لأن فيه تَحْمِيلَ النسب على الغير؛ لأن النَّسَبَ منه قال تعالى: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ ﴾[٢].

---

(١) أي في تلك الأقارير. منه.

(٢) سورة الأحزاب: ٥.

(فإنه) أي فإن إقرارَها في الولد (يَتوقَّف على تَصديق الزوج)؛ لأن الحقَّ له (أو) يَثبت (بشهادةِ القابلةِ)؛ لأن شهادتها في هذا مقبولة. وكذا لو ادعى أنه ولده من امرأته لا يُصَدَّقُ في حقها، إلا بتصديقها، كذا في «التبيين».

(ومن أقرَّ بنسبٍ من غيرِ الوِلاَدِ) كالأخ والعم (لم يَثبت) نسبه منه؛ لأن فيه حَمْلَ النسب على الغير؛ لأن الأُخُوَّةَ إنما يثبت بثبوت نسب المقر له من الأب، والعمومةَ تثبت بثبوتِ نسبه من الجد، والمقرُّ لا يملك ذلك.

(فإن لم يكن له) أي للمقر (وارثٌ) قريبٌ أو بعيدٌ (غيره) أي غير المقر له (وَرِثَه) أي وَرِثَ المقرُّ له المقر؛ لأن قولَه وإن[1] لم يقبل في ثبوت النسب قُبِلَ في ماله؛ لأن له ولايةً فيه. وإذا صح الإقرارُ بهؤلاء لا يملك الرجوعَ فيه؛ لأن النسبَ إذا ثبتَ لا يبطل بالرجوع.

وله: الرجوعُ إذا أقر بمن لا يثبت نسبه كقرابة غيرِ الوِلاد؛ لأنه وصيةٌ معنًى.

(ومن مات أبوه، فأقرَّ بأخٍ: يشاركه) أي يشاركُ المقر له المقر (في الميراثِ)؛ لأنه اعترف له بنصف الميراث (ولم يَثبت نسبُه) لما بينا.

وقال الشافعي: يثبت نسبه إن لم يكن لأب المقر ابنٌ غيره، كذا في «الوجيز».

❊ ❊ ❊

---

(١) وصل. منه.

كتاب الشهادات

الشهادةُ في اللغة: الحضورُ.

وفي الشريعةِ: إخبارٌ عن عِيان بلفظ الشهادةِ في مجلس القاضي.

(من تَعَيَّنَ لتحمُّلِها) أي ليحمل الشهادة (لا يَسَعُهُ) أي لا يجوز له (أن يَـمْتَنِعَ) عن التحمل (إذا طُلِبَ) هو له، لما فيه من تضييع الحقوق، وإن لم يتعين له، فهو مخير، ولا بأس بالتحرزِ عن التحمل.

(فإذا تَحَمَّلَهَا، وطُلِبَ لأدائِها: يُفْتَـرَضُ) الأداءُ (عليه).

قيد بقوله: «طلب»؛ لأن أداءَها حَقٌّ للمدعِي، فيوقف على طلبه، إنما افترض لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[1].

وفي «التبيين»: إنما يأثم إذا علم أن القاضي يقبل شهادته. هذا إذا كان قريباً من القاضي، وإن كان بعيداً أكثرَ من نصف يوم لا يأثم؛ لأنه يلحقه الضَّرَرُ، وإن كان الشاهدُ يَقْدِرُ على المشي، فأركبه المدعي من عنده لا تقبل شهادته، وإن كان لا يَقْدِرُ، فأَرْكَبَهُ لا بأس.

وفي «القنية»: أن التأخير لو كان لا لعذرٍ ولا تأويل لا تقبل في عتق الجارية كالطلاق، لكونه شهادة في باب الفروج في الموضعين.

(إلا أن يقوم الحقُّ بغيره) بأن يكون في الصك سواء من يقوم الحقُّ به، فيجوز له الامتناعُ؛ لأن الحق لا يَضِيع بامتناعه، ولأنها فرضُ كفايةٍ.

(١) سورة البقرة: ٢٨٣.

(وهو) أي الشاهد (مُخَيَّرٌ في الحدودِ بين الشهادةِ والسَّتْرِ)؛ لأن في كل منهما حُسْناً من وجه (وهو) أي السترُ (أفضلُ) لقوله ﷺ: «من سَتَـرَ على مسلم، سَتَـرَ اللهُ عليه في الدنيا والآخرةِ».

(ويقولُ في السرقةِ) أي الشاهدُ في شهادة السرقة (أَخَذَ المالَ) لِيُحْيَى حقَّ المسروق منه.

(ولا يقولُ: سَرَقَ) لئلا تُقْطَعَ يده رِعَايَةً للسَّتْرِ.

(ولا يُقْبَلُ على الزنا إلاَّ شهادةُ أربعةٍ من الرجالِ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾[1].

(وباقي الحدودِ) أي وتقبل في باقي الحدودِ (والقصاصِ: شهادةُ رَجُلَيْنِ)؛ يعني لا تقبل فيهما[2] شهادةُ النساءِ؛ لأن في شهادتهن شبهةَ البدلية عن شهادةِ الرجالِ، فلا تُقبل فيما يندرئ بالشبهات. وإنما قلنا: شبهةَ البدلية؛ لأن الثابتَ لو كان حقيقةَ البدلية لَمَا جاز شهادةُ رجلٍ وامرأتين مع وجود رجلين.

فإن قلت: يدل قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾[3] على حقيقة البدلية؟

قلت: معناه إن لم يشهدا حالَ كونهما رجلين، فليشهد رجل وامرأتان، ولولا هذا التأهيلُ لَمَا اعتُبر شهادتُهن مع وجود الرجال وشهادتهن[4] معتبرة معهم.

---

(١) سورة النساء: ١٥.

(٢) أي في الحدود والقصاص. منه.

(٣) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٤) حال. منه.

وفي «المحيط» في النفقات: إذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة تُقبل في حق المال، ولا تقبل في حق القطع.

(وما سواهما) أي وفيما سوى الحدودِ والقصاصِ **(من الحقوق: تُقبل شهادةُ رجلين، أو رجلٍ وامرأتين)**.

وقال الشافعي: قبولُ شهادتهن مَقصور في الحقوق الماليةِ؛ لأن الأصلَ ألا تُقْبَلَ شهادتهن، وإنما قُبِلَت في الأموال وتوابعِها كالأجلِ، وشرطِ الخيار على وجه الضرورة لكثرة وقوعِها.

ولنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه أجاز شهادةَ النساء مع الرجال في النكاحِ والفُرْقَةِ.

(وتُقبل شهادةُ النساءِ وحدَهُنَّ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ، كالوِلَادةِ، والبَكَارَةِ، وعيوبِ النساءِ) وقال الشافعي: يُشْتَـرَطُ فيه أربعٌ منهن؛ لأن كل امرأتين تَقُومَانِ مَقامَ رجلٍ.

وعند مالك: يُشْتَـرَطُ فيه اثنتان؛ لأن المعتبرَ في الشهادة شيئان: الذكورةُ والعددُ، وإذا تعذر اعتبارُ الذكورة بقي الآخَرُ، وهو العَدَدُ.

ولنا: ما روي عن حُذَيْفَةَ أن النبي ﷺ أجاز شهادةَ قابلةٍ على الولادة.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع عشر: فإن أَخْبَرَت بالعَيب، فلا يُـرَدُّ[1] بمجرد قولها، لأن قولَها بانفراده ليس بملزِم، لكن يحلف البائعُ، فإن نكل يُرَدُّ عليه، وإن حلف لا خصومة بينهما.

وعن أبي يوسف: أنه يُقْضَى بالرد بمجرد قولهما؛ لأن قولَهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال.

---

(١) مبيع.

وعن محمد: أنه قال: إن كانت الخصومةُ قبل القبض يُفسخ العقدُ بقولها، وإن كانت بعد القبض لا يفسخ؛ لأن الحاجةَ إلى إدخالها[١] في ضمان البائع، وقولَها بانفراده ليس بحجة في ذلك، إلى هنا كلامه.

وهل يشترط في ذلك لفظةُ الشهادةِ؟

لا يُشترط عند مشايخ العراق.

ويشترط عند مشايخ خراسان؛ لأنها توجب حقاً على الغير، فكانت شهادةً.

(**وفي استهلال الصبيِّ**) أي وتُقْبَلُ شهادةُ الواحدةِ في استهلاله، وهو ما يُعْرَفُ به حياةُ الولد من صَوتٍ ونحوِه.

(**في حقِّ الصلاةِ، دون الإرْثِ**) وقالا: مقبولة فيهما جميعاً؛ لأنها لما قُبِلَتْ في حق الصلاةِ، وهي[٢] من أَحكَامِ الأَحْيَاءِ تُقْبَلُ فيما يُبْتَنَى عليها، وهو الإرثُ.

ولأبي حنيفة: أن الإرثَ من باب الإلزام، وهو لا يَثبت، إلا بحجةٍ تامةٍ، وشهادتهن ناقصةٌ، فلا يَثبت بها، كما لا يَثبت الرَّضَاعُ بها، بخلاف الصلاةِ لعدم الإلزامِ.

(**ولا بدَّ من العَدَالةِ**) في الشاهدِ؛ لأنها تُرجح جانبَ صِدقه.

(**ولفظةِ الشهادةِ**)؛ لأنها من ألفاظ اليمين، وهي أشد دَلاَلَةً على امتناعه من الكذب، فلو قال الشاهدُ مكان أَشْهَدُ: أَعْلَمُ، أو أَتَيَقَّنُ لا يُسْمَعُ.

(**والحريةِ**)؛ لأن الشهادةَ من باب الولاية، ولا وِلاَيَةَ للعبدِ على نفسه، فكيف على غيره.

---

(١) أي المبيعة.

(٢) حال.

(والإسلامِ) لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[١].

(ويُقتصرُ في المسلم على ظاهر عدالته) ويُسْمَعُ شهادته عند أبي حنيفة؛ لأن عَقلَه ودِينَه يَـمْنَعَانِهِ من مُبَاشَرَةِ القَبيح، فاكتُفِي بظاهر إسلامه، ولا يُسأَلُ عن حاله، حتى يَطْعَنَ الخصمُ فيه.

(إلا في الحدودِ، والقصاصِ) فإنه يُسْأَلُ عنه في السِّرِّ، والعَلَانِيَةِ وإن[٢] لم يَطْعَن الخصمُ رَجَاءَ أن يَسْقُطَ.

(فإن طَعَنَ فيه) أي في الشاهد (الخَصْمُ: سأل) القاضي (عنه) أي عن الشاهد؛ لأن الظاهرَ ألا يَطْعَنَه كاذباً، فتَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ[٣]، فوجب التَّرْجِيحُ بالاستقصاء.

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد: (يَسألُ) القاضي (عنهم في جميعِ الحقوقِ سِرّاً وعلانيةً)؛ لأن القَضَاءَ مُبَـيَّنٌ على شهادتهم، فلا بد من معرفةِ حالهم، والظاهرُ لا يَصلح حُجَّةً للاستحقاق.

قيل: هذا اختلافُ زمانٍ، فإن أبا حنيفة كان في القَرْنِ الثالثِ المشهودِ له بالخَيْرِ، كما قال ﷺ: «خيرُ القرون القرنُ الذي أنا فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم يلونهم»، وهما كانا في القرنِ الرابعِ بعد ما تَغَيَّـرَ أحوالُ الناسِ، وفَشَاءِ الكذب، فأَفْتَى كُلُّ واحدٍ بما شَاهَدَ في زمانه.

(وعليه) أي وعلى قولهما (الفتوى)؛ لأن الفسادَ والزُّورَ في زماننا فَشَا، وأكثر أهله يَشهَد لمن يشاء.

(وإن اكتفى بالسرِّ) أي إن اكتفى القاضي بالتزكية سِرّاً بأن يَكتُبَ في رُقْعَةٍ:

---

(١) سورة النساء: ١٤١.

(٢) وصل.

(٣) أحدهما: ظاهر عدالة الشاهد، والآخر: ظاهر عدم كذب طعن الخصم له.

اسمَ الشاهِدِ، ونَسَبَه، وحِلْيَتَه، ويَبْعَثَهَا إلى السُّوقِ إن كان سُوقيّاً، وإلى أهل محلته، فمن عَرَفَه بالفسق يَكتب اللهُ أَعْلَمُ تحرزاً عن الهَتك، إلا إذا عَدَّله غيرُه، ويَخافَ أن يَحْكُمَ القاضي بشهادته، فيُصَرِّحَ بفسقه.

(جاز)؛ لأن الشوكة في هذا الزمان لأهل الشَّرِّ، والطُّغْيَانِ[1]، والْمُزَكِّي يخاف عن الإِعلانِ في البيان.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل العاشر: ولو ذُكِرَ اسمُ الشاهِدِ، واسمُ أبيه، وفَخْذُهُ، أو صِنَاعَتُهُ، ولم يُذكر الجَدُّ تُقبل. وشرطُ التعريفِ ذِكْرُ ثلاثةِ أشياءَ. فعلى هذا لو ذُكِرَ لَقَبُهُ، واسمُه، واسمُ أبيه هل يكفي؟ فيه اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يكفي. وفي اشتراط ذكر الجد اختلافٌ. فإذا قَضَى القاضي بدون ذِكر الجد ينفذ؛ لأنه وقع في فصلٍ مختلَفٍ فيه.

(ولا بدَّ أن يقول المزكِّي: هو عَدْلٌ، جائِزُ الشهادةِ) وإنما أضاف إلى قوله: «هو عَدل» كونَه جائزَ الشهادةِ؛ لأن العَبدَ والمحدودَ في قذف إذا تاب يكون عَدلاً، ولا يجوز شهادتهما.

وقيل: يكتفى بقوله: «هو عدل»؛ لأن الأصلَ هو الحريةُ تَبَعاً للدار، وإن لم يكن عَدْلاً عنده[2] قال: اللهُ أَعْلَمُ بِحَالِهِ.

ويُقبَل في تزكية السِّرِّ قَولُ الولدِ، والوالدِ، وكلِّ ذي رحم، والعَبدِ، والأعمى، والمحدودِ في القذف؛ لأنها إِخبَار، خلافاً لمحمد، فإنها شهادةٌ عنده، بخلاف تزكيةِ العَلانيةِ، فإنها شهادةٌ بالإجماعِ.

---

(١) وهو التجاوز عن الحد.

(٢) عند المزكي.

والشهودُ الكفَّارُ يُعَدِّلهم المسلمون، فإن لم يعرِفْهُم المسلمون، سَأَلَ المسلمين عن عُدُولِ المشركين، ثم يَسأل أولئك عن الشهود، كذا في «الاختيار».

(**ولا تُقبل تزكيةُ المدَّعى عليه**) الشهودَ بأن يقولَ: هم عدول، إلا أنهم أَخْطَؤوا، أو نَسُوا. أما لو قال: صَدَقُوا، أو هم عدول صَدَقَةٌ[١]، فقد اعتَرَفَ بالحق، فيُقْضَى بإقراره لا بالبينةِ؛ لأن البينةَ عند الجُحُودِ.

وقيل: يجوز تَعديلُه.

ووجه الظاهر: أن المدعِيَ والشهودَ يَزعمونه كاذباً في إنكاره مُبطِلاً في حجوده، فلا يَصْلُحُ مُزَكِّياً.

(**وتَـكفي تزكيةُ الواحدِ. وعند محمد**) لا بد أن تكون التزكيةُ (**اثنين، وهو**) أي كونُ التزكية اثنين (**أولى**).

(**وكـذا المترجِمُ**) أي وكـذا الخلافُ في المـترجِمِ، ورسـولِ القـاضي إلى المزكين.

والتَّرْجَمَةُ بفتح الجيم: تَفسِيرُ الكلامِ بلسان آخَرَ إذا لم يَعرِفه القاضي، أو المدعِي، أو المدعى عليه، والمترجِم فاعله.

لمحمد: أن الترجمةَ والتزكيةَ في معنى الشهادة، فيُشْتَرَطُ فيهما[٢] ما يشترط في الشهادةِ.

ولهما: أن العَدَدَ في الشهادةِ ثابت بخلافِ القياسِ، فلا يَتَعَدَّاها، ولكن لهما شبهة بالشهادةِ من وجهٍ، ولهذا شَرَطْنَا العدالةَ، والإسلامَ بالحريةِ، والبلوغِ في

---

(١) جمع صادق كنصرة جمع ناصر.

(٢) وهو العدد والعدالة.

المزكِّي، والمترجِم ولَيْسَتَا شهادةً حقيقيةً، ولهذا لا يُشْتَرَطُ فيهما لفظُ الشهادةِ، ومَجْلِسُ القَضَاءِ.

(**ويجوز أن يَشْهَدَ الشاهدُ بكلِّ ما سَمِعَهُ**) كالإقرارِ، وحُكمِ الحاكمِ، إلا أن يكونَ من وراء الحجابِ، فلا يجوز أن يَشْهَدَ عليه؛ لأن الصَّوتَ يُشْبِهُ الصَّوْتَ، فلو عَلِمَ أن ليس وراءه إلا واحد مُعَيَّنٌ جاز له أن يَشْهَدَ على ما سمع منه.

(**أو أَبْصَرَه من الحقوقِ**) كالغَصبِ، والقَتلِ، ونحوِهما، (**والعقودِ**) كالهبةِ، والبَيعِ، ونحوِهما (**وإن**[1] **لم يُشْهَدْ عليه**) «إن» هذه للوصل، الضمير راجع إلى «كل ما»، ويقول الشاهدُ: أَشْهَدُ، ولا يقول: أَشْهَدَنِي؛ لأنه يكون كاذباً.

(**إلا الشهادةَ على الشهادةِ: فإنه**) الضمير للشأن (**لا يجوز أن يَشْهَدَ على شهادةِ غيرِهِ ما لم يُشْهِدْهُ**) يعني إذا سمع شاهداً يَشْهَدُ لم يجز له أن يَشْهَدَ على شهادته ما لم يُشْهِده؛ لأن الشهادةَ لا تُثبت الحكمَ بنفسها، وإنما يُثبت بالنَّقلِ إلى مجلس القضاءِ، فيُشْتَرَطُ التحميلُ.

(**ولا يجوز له**) أي للشاهدِ (**أن يَشْهَدَ بما لم يُعَايِنْهُ، إلا النَّسَبَ، والموتَ، والنكاحَ، والدخولَ**) أي دخولَ الزوج وزوجتَه (**وولايةَ القاضي، وأصلَ الوقفِ**).

(**فإذا أخبره بها**) أي بهذه المذكورات (**مَنْ يَثِقُ به: جازَ له أن يَشهدَ بها**) أي بتلك المذكورات.

ويشترط في إخبارِ من يَثِقُ به أن يكونَ رجلين، أو رجلاً، وامرأتين، ولفظةَ الشهادةِ أُقِيمَ هذه الشهادةُ مقامَ الخبر عن جماعةٍ لا يتوهم تَوَاطُؤُهم[2] على الكذب في إثبات الشُّهْرَةِ حكماً واعتباراً.

---

(١) وصل.

(٢) أي توافقهم.

ولا يُشْتَـرَطُ ذلك[١] في الموت؛ لأنه قد يتفق في موضع لا يَحضره إلا الواحدُ، فلو لم يَثبت الشُّهْرَةُ بالواحد، لضَاعَتِ الحقوقُ المتعلِّقةُ بالموتِ.

ولو لم يُعَايِنِ الموتَ، إلا واحدٌ يُخْبِرُ[٢] عدلًا، فيَشْهَدَان[٣] به[٤] عند الحاكم. وإنما كَفَى التَّسَامُعُ في هذه الأَشياء؛ لأن أَسْبَابَهَا لا يَطلعها إلا الخَوَاصُّ، فلو لم تقبل فيها الشهادةُ بالتَّسامع، لَأَدَّى إلى حَرَجٍ كَثِيرٍ، بخلاف البيعِ والهبةِ ونحوِهما؛ لأن الخاصَّ والعامَّ يَحضرها.

ثم إنه ينبغي ألا يُفَسِّرَ أنه يَشهَد بالتَّسَامع حتى لو فَسَّرَه لا تُسمَع شهادته، والاقتصارُ بهذه الأشياء يَنْفِي جوازَ غيرِهَا.

والمذكورُ في أصلِ الوقفِ قولُ محمد، وهو المختارُ، لكن لا بد فيه من بيان جهته بأنه وَقَفَ على هذا المسجدِ أو نحوِه، حتى لو لم يُبَيِّنْهَا لا يُسْمَعُ، كذا في «التبيين».

وذكر في «المحيط»: لا تُقبل الشهادةُ على الوَلاَءِ بالسماع عندهما.

وعند أبي يوسف آخراً[٥]: تقبل؛ لأن الوَلَاءَ بمنزلة النسب[٦].

(ويجوز أن يَشهدَ على الملك المطلَق لمن في يده إذا رآه في يده) أي إذا رأى الشاهد في يد غيره شيئاً **(فيما سوى العبدِ والأَمَةِ)** إذا كانا كبيرين؛ إذ لا دليلَ للشاهد على الملك سوى اليد بلا مُنازِع. ولو مُنِعَ الشهادةُ باليد لاَنْسَدَّ بابها؛ لأن الوقوفَ على حقيقةِ الملك متعذر. ولا يُفَسِّرُ بأنه شَهِدَ بالرُّؤيةِ. ولو فَسَّرَه لا تُسمَع.

---

(١) أي كون الموثوق به رجلين أو رجلًا وامرأتين، بل يكفي واحد.

(٢) أي المعاين.

(٣) المعاين ومن أخبره به.

(٤) أي بالموت.

(٥) أي في آخر قوله.

(٦) لقوله ﷺ: الولاء لحمة (أي وصلة)، كلحمة النسب.

وقيدنا بـ«أن كانا كبيرين»؛ لأنهما إذا كانا صغيرين اللذين لا يُعَبِّرُ عن أَنْفُسِهِمَا لا يد لهما، فصارا كسائر الأموال، فجازت الشهادةُ برؤيتهما في اليد.

(إلا أن يَعْرفَ رِقَّهما) أي العبدِ والأمةِ، فحينئذ يجوز له أن يشهدَ أَنهما له باليد؛ لأن الرقيقَ لا يكونُ في يد نفسه.

اعلم أن الشهادةَ في غير العَبدِ والأمةِ إنما يصح إذا عَرف المِلكَ بحدوده ورآه في يد رجل يَعرفه باسمه ونَسَبِهِ أو سَمِعَ أنه في يد فلان بن فلان، ولكن لا يَعْرِفُ ذلك الفلانَ بوجهه، ثم رآه في يد غيره، جاز له الشهادةُ بالملك للأول إذا ادعاه، وليس هذا إثبات الملك بالتسامع، وإنما هذا إثباتُ النِّسْبَةِ بالتسامع، وفي ضِمنه إثباتُ الملكِ، ولا يجوز الشهادةُ في غير هاتين الصورتين، كذا في «التبيين».

وفي «فصول الأستروشني» في أوائل الفصل السادس عشر: إذا شهد اثنان أن فلاناً طلق امرأته، والزوج غائب لا تقبل، وإن شهدا عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وكذا إذا شهد عندها رجل عدل.

(وإذا رأى الشاهدُ خطَّه: لا يَشهدُ ما لم يَذكر الحادثةَ) وهكذا القاضي والراوي؛ لأن الخطَّ يُشْبِهُ الخطَّ، فلا يَحْصُلُ العِلْمُ، وهذا عند أبي حنيفة.

وقيل: هو إجماع.

وإنما الخلافُ إذا وَجَدَ القاضي القَضِيَّةَ في ديوانه تحت خَتمه. وكذا إذا رأى الشاهدُ رَقْمَ[1] شَهَادَتِهِ عنده تحت خَتمه. وكذلك الراوي.

فيجوز عندهما وإن[2] لم يَذكُرِ الحادثةَ لوقوع الأَمْنِ من الزيادة والنقصان.

---

(١) الرقم الكتاب، كذا الصحاح.

(٢) وصل.

أما ما كان في الصَّكِّ بيد الخصم، وليس عنده[1] لا يجوز لعدم الأَمْنِ عن وقوعهما.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز ما لم يَذكر الحادثة، قال ﷺ: «إن علمتَ مِثلَ الشمسِ، فاشهَد، وإلا فَدَعْ»، ولا عِلم مع النسيان.

وشرطُ حِلِّ الرواية عنده أن يَحْفَظَ من حِينِ يَسمَع إلى أن يَرْوِيَ. وكذا إذا ذكر المجلسَ الذي كان فيه الحادثةُ، أو أَخْبَرَ بها مَنْ يَثِقُ به لا يَحِلُّ له ما لم يَذْكُرْهَا.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني عشر: وقال ابن سماعة: رجع محمد إلى هذا القول في آخر عمره. وقال: القاضي لا يَقضِي بعلمه وإن[2] استفاد العلمَ في حالةِ القضاءِ، حتى يَشهد معه شاهد واحد. قال: لعل القاضي غالط فيما يقول، فتُشترط مع علمه شهادة شاهد آخر، حتى يصيرَ عِلمه مع شهادة شاهد آخر بمعنى شاهدين.

(**وشاهدُ الزُّورِ**) وهو الذي أقر بكذبه متعمداً، أو شَهِدَ بموتِ رجلٍ، فجاء حيّاً. ولو قال: أَخطَأْتُ فيه لا يُعَزَّرُ؛ لأن العقوبةَ لا تَجْرِي على الخاطئ.

(**يُشَهَّرُ**) في السوق إن كان سوقيّاً، أو بين قومه إن لم يكن كذا، ويقال لهم: وُجِدَ هذا شاهدَ زُورٍ، فاحذَرُوه.

(**ولا يُعَذَّرُ**) وقالا: ويُعَزَّرُ بقدر ما يراه الإمامُ ويُحْبَسُ، لما روي أن عمر رضي الله عنه ضَرَبَ شاهدَ الزور أربعين سوطاً، وسَخَّمَ[3] وجهَه، وأَمَرَ بأن يطافَ به.

ولأبي حنيفة: أن التَّشهِيرَ يَكفِي لدَفع شره عن العباد، فلا يُحتاج إلى الضَّرْبِ، وحديثُ عمر محمول على السِّيَاسَةِ.

---

(١) شاهد.

(٢) وصل.

(٣) أي سَوَّدَ.

(**ويُعتبر اتفاقُ الشاهدَيْنِ في اللفظ بأن يَشهَدَ كلُّ واحدٍ منهما بالألف مثلاً والمعنى**) بأن يشهد كلُّ واحد منهما بالذهب أو بالفضة، بحيث يُفِيدُ لفظُ كلٍّ منهما ذلك المعنى بالوضع لا التضمنِ والالتزامِ، حتى لو شَهِدَ أحدُهما الهبة والآخرُ بالعطيةِ تُقبل. ولو شَهِدَ أحدُهما: بالغَصبِ، والآخَرُ: الإقرارَ به لا تُقبل.

وقالا: لا يُعتبر اتفاقُ الشاهدين لفظاً.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الخامس عشر: لو ادعى البيعَ، وشهدا على إقرار البائع بالبيع، واختلفا في الزمان والمكان تقبل شهادتهما. ولو ادعى الشراءَ، شهد أحدهما على الشراء، والآخر على الإقرار بالشراء تُقبل؛ لأن لفظ الشراء يصلح الإقرارَ، ويصلح الابتداءَ، فقد اتفقا على أمرٍ واحدٍ. ولو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان، فسألهما القاضي، فقالا: لا نعلم ذلك تقبل شهادتهما؛ لأنهما لم يكلفا حِفظ ذلك.

(**وتُعتبر موافقةُ الشهادةِ الدعوى**)؛ لأنها لو خالفتها، فقد كذَّبتها، والدعوى الكاذبةُ لا يُعْتَبَرُ وجودُهَا، والشرطُ تَوَافُقُهُمَا في المعنى دون اللفظِ، حتى لو ادعى المدعِي الغصبَ، فشَهِدَا بإقرار المدعَى عليه بذلك تُقْبَلُ وقوع المسألة السابقة بقوله: (**فإن شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألف وخمسمائة قُبِلَت الشهادةُ في الألف اتفاقاً إن ادعى المدعِي ألفاً وخمسمائة**) لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً ومعنى، وتَفَرَّدَ أحدُهما بخمسمائة، فيثبت ما اتفقا عليه.

قيد بقوله: «إن ادعى إلى آخره»؛ لأن الدعوى لو كانت بالألف فقط لا تُقبَل شهادتهما؛ لأن المدعِي كَذَّبَ الشاهدَ بالزيادة، إلا أن يقولَ المدعِي: كان حَقِّي ألفاً وخمسمائة، فاستَوْفَيْتُ الخمسمائةَ، فحينئذ تُسْمَعُ شهادتهما، لحصول التَّوَافُقِ بين الدعوى والشهادةِ.

(**وإن شهد أحدُهما بألف، والآخرُ**) أي وشَهِدَ الآخَرُ (**بألفين**) والمدعي[1] يدعي ألفين (**لم تُقْبَلْ**) شهادتهما.

وقالا: تُقْبَلُ في الألف؛ لأنهما اتفقا فيه، ولا تُقْبَلُ في ألفين؛ لأنهما اختلفا فيه، فصار كما إذا شهد أحدُهما بألف، والآخَرُ بألف وخمسمائة، والمدعِي يدعي ألفاً وخمسمائة.

ولأبي حنيفة: أن الألفَ غيرُ الألفين لفظاً ومعنىً، فلم يَتفقا في واحد منهما، فلا تُقْبَلُ، كما لو شَهِدَ أحدُهما بالدراهم، والآخَرُ بالدنانير، بخلاف الألف وخمسمائة؛ لأنهما اتفقا في لفظ الألف.

وقيدنا بقولنا: «والمدعِي إلى آخره»؛ لأن المدعي لو ادعى الأقلَّ لا تُقْبَلُ شهادتهما اتفاقاً؛ لأنه يكذِّب أحدَ شاهديه، وإن شهدا بألف، فقال أحدُهما: قَضَاه منها خمسمائة قُضِيَ بالألف لاتفاقهما عليه، ولا يثبت القضاء[2]؛ لأنها شهادةٌ واحدٍ. فلو شهد آخَرُ يَثبت. وينبغي للشاهد إذا علم ذلك ألا يَشهَدَ بالألف حتى يعترف المدعِي بالقبضِ، ليظهر الحقُّ، ولا يُعِينُ على الظلمِ.

(**ولو شهدا على سرقة بقرةٍ، واختلفا في لونها: قُطع**) يَدُ السارقِ.

(**وإن اختلفا في الأنوثةِ والذكورةِ: لم يُقْطَعْ**) وقالا: لا يُقطَعُ فيهما، لانعدام اتفاق الشاهدين، كما لا تقبل فيما لو اختلفا في لون المغصوب، وفي الذكورة، والأنوثة.

ولأبي حنيفة: أن السرقةَ تقع في الليل غالباً، واللونَ فيه يَشتبه، فيُعْفَى التفاوتَ في شهادة لَونِ المسروقة، لاحتمال أن يكونَ كل من الشاهدين أَحَسَّ منها

(١) حال.

(٢) أي قضاء خمسمائة.

لوناً، بخلاف الغَصبِ؛ لأنه يقع في النهار غالباً، فيَتمكن الشاهدُ من الاحتياط في محل الشهادة، وبخلاف الذكورة والأنوثة؛ لأنهما لا يُحَسَّانِ من بَعِيدٍ.

(**وإن شهدا بقتلِ زيدٍ يومَ النحرِ بمكةَ، وآخران بقتله فيه**) أي وشهد شاهدان آخَرَانِ بقتلِ زيدٍ في يوم النحر (**بالكوفة: رُدَّتا**)؛ لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين، ولا تَرجيحَ لإحداهما.

(**فإن سَبَقت إحداهما، وقُضِيَ بها**) أي بتلك البينة (**بطلتِ الآخَرَانِ**)؛ لأن الأُولى ترَجَّحَتْ بإيصال القضاء بها، كما كان لرجل ثوبان: أحدهما: نجس، فَتَحَرَّى وصَلَّى بأحدهما، ثم وَقَعَ تحريه على طهارة الآخَرِ لا يُعتبر الثاني؛ لأن الأُولى اتصل بحكم الشرع، فلا ينتقض.

(**ولا تُقبلُ شهادةُ الأعمى**) وقال زفر: تقبل فيما يجري فيه التَّسَامُعُ، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه يُسَاوِي البصيرَ في السماع.

وقال أبو يوسف: إن كان بصيراً وقتَ التحمل تُقبلُ؛ لأن العِلْمَ حَصَلَ له بالعِيَان وقت التحمل، وأداؤه صحيح؛ إذ لا خَلَلَ في لسانه، وتَعريفُ المشهودِ عليه يحصل بذكر النسب.

وقالا: لا يجوز؛ لأنه يحتاج في أدائها إلى التمييز بين الخصمين، وهو لا يُفرِّق بينهما إلا بالنَّغمة[1]، وهي لا تُعْتَبَـرُ؛ لأنه يُشبه نَغمةً أخرى، ويُخَافُ عليه التَّلقِينُ من الخصم، والمعرفةُ بذكر النسب لا تكفِي؛ لأنه ربما يُشارك غيرَه في الاسم والنسب. ولو عمي بعد الأداء قبل القضاء لا يُقضَى بها عندهما.

وعند أبي يوسف: يُقضَى؛ لأنها أُدِّيتْ بشرائطها، وقُبِلَت، فيُقْضَى بها، كما لو مات الشاهدُ بعد الأداء، أو غاب.

---

(١) النغمة الصوت.

ولهما: أن قيام أهليةِ الشهادةِ شُرِطَ وقتَ القضاءِ؛ لأنها تَصِيرُ حجةً عنده، وقد فات فلا يُقْضَى بها، وصار كما لو جُنَّ، أو خَرَسَ، أو فَسَقَ، بخلاف الموت؛ لأن الأهليةَ تستقر به، ولا تَبطل؛ إذ الشيءُ بانتهائه يَتَقَرَّرُ، وبخلاف الغَيبة؛ لأنها لا تُنَافِي الأهليةَ، ولا تُقْبَلُ شهادةُ الأخرس؛ لأن الشهادةَ بالنُّطقِ، وهو عاجز عنه.

وفي «الاختيار»: كلُّ من رُدَّت شهادتُه للرقِّ، أو للكفرِ، أو للصِّبا، ثم زالت هذه الموانعُ، فأدَّاها قُبِلت. ولو رُدَّتْ لفسقٍ، أو زوجيةٍ، أو العبد لمولاه، أو المولى لعبدِه، ثم زالت، فأدَّاها لم تُقبَل. والفرق أن الأُولى ليست بشهادةٍ لعدم الأهلية، فلم يكن الردُّ تكذيباً شرعاً، والثانيةَ شهادةٌ لقيام الأهلية، فكان تكذيباً شرعاً، فلا تُقبل أبداً. ولو تحملها العبدُ لمولاه، أو أحدُ الزوجين للآخَر، فأدَّاها بعد العتق والبينونة قُبلت. ولذلك إن تحملها، وهو[1] عبدٌ، أو كافرٌ، أو صبيٌّ، فأدَّاها بعد زوال هذه العوارض قُبِلَتْ؛ لأن المعتبرَ حالةُ الأداءِ، ولا مانعَ حَالَتَئِذٍ.

(ولا المحدودِ) أي ولا تُقبَل شهادةُ المحدودِ **(في قذفٍ وإن[2] تاب)** عن جريمته. «إن» هذه للوصل.

وقال الشافعي: تُقْبَلُ شهادته إذا تاب؛ لأن الله تعالى استثنى التائبين عقيب النهي عن قبول شهادتهم، بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾[3].

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾[4]، وذِكره بالتأبيد يدل على أنها لا تُقْبَلُ في كل حال، والاستثناءُ منصرف إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ۝ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾[5].

---

(١) حال.

(٢) وصل.

(٣) سورة النور: ٥.

(٤) سورة النور: ٤.

(٥) سورة النور: ٤-٥.

(ولو حُدَّ الكافرُ في قذفٍ، ثم أسلم: قُبِلَتْ شهادتُه)؛ لأنه بعد الاسلام حَدَث شهادة أخرى، وهي الشهادةُ على المسلمين، فلا يَلحَقها الرَّدُّ؛ لأنها لم تكن مَوجُودةً قَبْلَ وَقتِ الحدِّ. ولو حُدَّ العَبْدُ في قذفٍ، ثم عَتَقَ لا تُقْبَلُ شهادته؛ لأن العَبْدَ لم تكن له شهادةٌ وقتَ الحدِّ[١]، فلا تَعمَل الشهادةُ الحادثةُ بعد العِتقِ، كذا في «الخانية».

(ولا تُقبل الشهادةُ للولد، وإن[٢] سَفَلَ) «إن» هذه للوصل.

(ولا للوالد، وإن[٣] علا) «إن» هذه للوصل، لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادةُ الولدِ لوالده، ولا الوالِدِ لولده».

وفي «المحيط»: تُقْبَلُ شهادته لولده من الرَّضاع.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثاني: ولو قُضِيَ بشهادة الابن لأبيه، أو شهادة الأب لابنه نَفَذَ عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

(ولا لعبده) سواء كان مديوناً أو لا (ولا مكاتِبِه) لقوله ﷺ: «لا تُقبلُ شهادةُ المولى لعبده».

(ولا للزوجِ، والزوجةِ) للآخَرِ.

وقال الشافعي: هي مقبولة؛ لأن الأَملاكَ بينهما مميِّزةٌ، ولا اعتبارَ للنفعِ العائدِ إلى الشاهد ضمناً، كما في الغريم.

ولنا: أن المنافع بينهما متصلة، ولهذا يُعدُّ أحدُهما غنيّاً بِغِنَى صاحبه، فيَثبت فيهما تهمةٌ، بخلاف شهادة الغريم؛ لأنه لا يد له على المشهودِ به.

(ولا تقبل من أحدِ الشريكين للآخر فيما هو من شركتهما)؛ لأنه شهادة لنفسه.

---

(١) بخلاف الكافر، فإن له شهادةً وقت الحد، فتعمل الشهادةُ الحادثة بعد الإسلام.

(٢) وصل.

(٣) وصل.

قيد بقوله: «فيما هو»؛ لأن شهادته له فيما عَدَا ذلك مَقبولة، ولا شهادةُ الأجيرِ الخاصِّ؛ لأنه يَستحق الأجرةَ في مدة أداء الشهادةِ، فصار كالمستأجَر لأداء الشهادة.

(**ولا تقبل شهادة مُـخَنَّثٍ**) وهو الذي يَتَشَبَّهُ بالنساءَ عمداً في الأقوال، وهو معصية، لقوله ﷺ: «لَعَنَ الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء».

أما اللَّيِّنُ الكلامُ خِلقةً تُقْبَلُ شهادته.

(**ولا نائحةٍ**) وهي التي تَنُوحُ في مُصيبةِ غيرِها للمال.

وأما التي تَنُوحُ في مُصيبتها، فلا تَسقط عَدَالتها.

(**ولا مُغنِّيةٍ**) سواء تَغَنَّت للناس أو لا؛ لأن رَفعَ صوتها حرام.

(**ولا من يُغَنِّي للناس**)؛ لأنه يجمعهم على كبيرة.

وأما المغني لنفسه لإزالة الوحشة، فلا بأس به ولا يَسقط به عدالته إذا لم يُسمِع غيرَه في الصحيح، لما رُوِيَ أن البراء بن مالك دَخل عليه أخوه أَنَسُ بنُ مالك، وهو يُغَنِّي، وكان البراء من زُهَّادِ الصحابة. وإن أَنْشَدَ في تَغَنِّيه شِعراً فيه وعظ وحكمه، فجائز بالاتفاق.

ومن المشايخ من أجاز الغِناءَ في العُرسِ، كما جاز ضَربُ الدُّفِّ فيه، كذا في «التبيين».

(**ولا مُدْمِنِ الشُّرْبِ**) أي ولا تُقْبَلُ من مُدَاوِمِ الشُّرْبِ (**على اللهو**). والإدمانُ ألا يبالي الشُّرْبَ على اللهو كلما وَجَدَ.

قيد بـ«الإدمان» ليكون ذلك ظاهراً منه؛ لأن مِثلَه لا يكون ذا مُرُوَّة، ولا يَحترز عن الكذب.

قال الإمامُ السرخسي: شُرِطَ أن يُظْهِرَ الإدمانَ للناس، أو خَرَجَ سكرانَ، فيَسْخَرَ به الصبيانُ.

وأما شاربُ الخمرِ سرّاً، فلا يَخْرُجُ من أن يكونَ عدلاً إذا لم يُظْهِرْ ذلك وإن[١] كثر شُربها.

وكذا مدمنُ السُّكْرِ وإن[٢] كان بسائر الأشربة سوى الخمر، كذا في «التبيين».

وفي «الاختيار»: وقال محمد: من شَرِبَ النبيذَ متأوِّلاً قُبِلَت شهادته ما لم يَسْكَرْ أو يكون على اللهو.

(**ولا من يَلْعَبُ بالطيور**)؛ لأنه يرتكب منكراً بالنظر إلى العَوَرَات في السُّطُوحِ وغيرِها.

(**ولا من يفعلُ كبيرةً توجِبُ الحد**)؛ لأن بعضَ العلماء عَرَّفَ الكبيرةَ بما يوجب الحدَّ، ومرتكبُ الكبيرة تُـرَدُّ شهادته لفسقه، وما لم يُسَمَّ فاحشةً، ولم يُشْرَع فيه عقوبة كالقُبلةِ مثلاً، فهو صغيرة، كذا في «شرح المختار».

(**ولا من يأكلُ الربا**) شرطَ في «الأصل»[٣] أن يكون مشهوراً به؛ لأن عَقْدَ الربا مُفِيد للملك بعد القَبضِ، فلم يكن حراماً محضاً[٤]، فصار كالصغيرة[٥]، فشَرَطْنَا الإدمانَ فيه.

وأما أكلُ مالِ اليتيم، فمانع من الشهادة بلا اشتراط الإدمانِ؛ لأنه حرام محض.

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

(٣) أي المبسوط.

(٤) خالص.

(٥) أي كالذنب الصغيرة.

(**أو يُقَامِرُ بالشِّطْرَنْجِ، أو تفوتُه الصلاةُ بسببه**) أي بسبب الشطرنج؛ لأن كل ذلك من الكبائر.

والقمارُ: أن يأخذَ من صاحبه شيئاً في اللَّعِبِ.

قالوا: الشطرنج مكروه عندنا، ومباح عند الشافعي، وهو ليس بمانع إذا لم يكن فيه قمارٌ، أو فوتُ صلاةٍ، أو حَلِفٌ كاذِبٌ.

وأما النَّرْدُ، فمانع من غير قمار، لقوله ﷺ: «ملعون من يَلْعَبُ بالنرد».

(**أو يَدْخل الحَمَّامَ بغير إِزَارٍ**)؛ لأن كشفَ العورة حرام.

(**أو يَفْعَلُ فِعْلاً مُسْتَخَفّاً، كالبولِ، والأكلِ على الطريقِ**)؛ لأنه يَصْدُرُ ممن لا مُروءةَ له، فيصير منهما ارتكابُ الكذبِ. وكذا من يَـمْشِي في السُّوق بالسَّرَاويل. وكذا الْمُنَاهَدَةُ مع الابنِ في السوقِ، لما قلنا.

(**ولا مَن يُظْهِر سَبَّ السَّلَفِ**) يعني الصحابةَ والعلماءَ المجتهدين؛ لأنه يكون ظاهرَ الفِسقِ، بخلاف من يَكْتُمُه، ولا الشَّتَّام[١] للناس والجيران.

قال أبو يوسف: لا أُجيزُ شهادةَ مَن شَتَمَ أصحابَ رسولِ الله ﷺ؛ لأن ذلك فِعْلُ الأَسْقَاطِ وأَوْضَاعِ[٢] للناس، وأَقْبَلُ شهادةَ الذين تَبَـرَّؤُوا منهم؛ لأنه يَفْعَلُ ذلك تَدَيُّناً وإن[٣] كان باطلًا.

(**ولا تُقْبَلُ شهادةُ العدوِّ إن كانت العداوةُ بسبب الدنيا**)؛ لأنه لا يُؤمَنُ عليه الكذب.

(**وتُقبل إن كانت**) العداوةُ (**بسبب الدِّين**)؛ لأنه لا يكذِبُ لدينه كأهل الهَوَى.

---

(١) أي ولا تقبل من الشتام.

(٢) جمع وضيع، وهو ضد شريف.

(٣) وصل.

وفي «الاختيار»: ولا تُقْبَلُ شهادةُ تَارِكِ الجُمَعِ والجماعات. كذلك تَرْكُ الجمعةِ ثلاثَ مراتٍ.

وقال الخصافُ: مرةً. وإن تَرَكَهَا لِعُذْرِ مَرَضٍ، أو بُعْدٍ من المصرِ، أو بتأويلٍ بأن كان يُفَسِّقُ الإمامَ لا تُرَدُّ شهادتُه.

ولا تُقْبَلُ شهادةُ مَن يَجْلِسُ مَجَالسَ الفجورِ.

قال محمد: العَدلُ الذي لم يُظهَر رِيبةً. وقال: موسِرٌ أَخَّرَ الزكاةَ والحجَ إن كان صالحاً قُبِلَتْ شهادته؛ لأنهما لا وقت لهما. وما كان له وقتٌ كالصومِ والصلاةِ تُرَدُّ شهادتُه بالتأخير.

وقال أبو يوسف: أَقْبَلُ شهادةَ الشاعر ما لم يَقذِف في شِعرِه المحصَنَاتِ، وقال: العَدْلُ: هو الذي غَلَبَت حَسَنَاتُه على سيئاتِه، ولا يمكن اشتراطُ السلامةِ عن كل مأثَمٍ، قال تعالى: ﴿وَلَوْ يُؤَاخِذُ ٱللَّهُ ٱلنَّاسَ بِمَا كَسَبُواْ مَا تَرَكَ عَلَىٰ ظَهْرِهَا مِن دَآبَّةٍ﴾[1]، وهذا يدل على أن العبدَ قلَّ ما يَسلَمُ عن ذلك.

ولا تُقبَل شهادةُ النخَّاسِين والدَّلالِينَ؛ لأنهم يكذِبُون.

وتقبل شهادةُ أهلِ جميعِ الصنائِعِ كلِّها إذا كانوا عُدُولاً إلا إذا كان يجري بينهم الأيمانُ الفاجرةُ.

ومن يُجَنُّ، ويَفِيقُ، فشهادتُه جائزةٌ حالَ إفاقته.

وتقبل شهادةُ أهلِ الأهواءِ إلا الخَطَّابِيَّةَ، وهم قومٌ من الرَّفَضَةِ يستجيزون الشهادةَ لكل من يحلِف عندهم؛ لأنهم يَرَوْنَ حُرمةَ الكذب.

وقيل: يَرَوْنَ الشهادةَ لشِيعتِهم واجبةً.

---

(١) سورة فاطر: ٤٥.

ولا تقبل شهادةُ المجسِّمة؛ لأنهم كَفَرةٌ، ومن لا يَكفُرُ[١] من أهلِ الأهواءِ[٢] تقبل شهادتُهم. ألا يرى أن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا واقتتلوا، وشهادةُ[٣] بعضِهم على بعض كانت مقبولةً، وليس ما بين أهل الأهواءِ[٤] من الاختلاف أكثرَ ما كان بينهم من القتال، بخلاف الفاسِقِ عَمَلاً؛ لأنه ارتكب محظورَ دِينه، فيَرتكب الكَذِبَ، وهذا يَعتقد ما يَفعَلُه حقاً يَدِينُ به الله تعالى، فيَمْتَنِعُ عن الكذب.

[وأصول أهل] الأهواء [ستة] الجَبْرُ، والقَدَرُ، والرَّفضُ، والخُرُوجُ، والتشبيهُ، والتعطيلُ، ثم كل واحدٍ منهم يصير اثني عشر فرقةً، فيبلغ إلى اثنين وسبعين.

(**وتُقْبَلُ شهادةُ أهلِ الذمةِ بعضِهم على بعضٍ**) وإن[٥] اختلفت مِلَلُهم؛ لأن مِلَلَ الكفر ملةٌ واحدةٌ.

وقال الشافعي: لا تقبل؛ لأن أَثَرَ الكفر، وهو الرق يُخْرِجُ من أهلية الشهادة،

---

(١) الجبرية هم الذين يقولون: إنه لا فعلَ للعبد أصلًا وإن حركاته بمنزلة حركات الجمادات لا قدرة عليها ولا قصد ولا اختيار.
والقدرية: هم الذين يقولون: إن كل ما يصدر عن العباد عقيب قصدهم وإرادتهم يكون واقعاً بإرادتهم واختيارهم، ولا يتعلق بها بخصوصها قدرة الله تعالى وإرادته.
والروافض هم الذين يحبون علياً، ويسبون الأئمة الثلاث.
والخوارج هم الذين خَرَجُوا على علي رضي الله عنه.
والمشبهة هم الذين يشبهون الله تعالى بالأجسام.
والمعطلة هم الذين يثبتون التعطيل إلى الله تعالى وتقدس.
والمجسمة هم الذين يُطْلِقون الجسم على الله تعالى، والكل باطل.

(٢) وينسبون إلى ابن الخطاب محمد بن أبي وهب الأجدع الكوفي، وكان يزعمون أن علياً الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر.

(٣) حال.

(٤) وإنما سمي أهل الأهواء بالأهواء؛ لأنها تهوي صاحبها في النار.

(٥) وصل.

فأصلُ الكفر أَولى، إلا إذا كانا من دارَين مختلفين كالإِفْرَنْجِ والحَبَشِ[١] لانقطاع الولاية بينهما، ولهذا لا يَتَوارَثَانِ.

ولنا: ما روي أنه ﷺ رَجَمَ يهوديين زَنَيَا بشهادة أربعةٍ منهم.

قيد بقوله: «بعضهم»؛ لأن شهادتَهم على المسلم غيرُ مقبولةٍ.

(**ولا تُقبلُ شهادةُ المستأمِنِ على الذمي**) لعدم الولاية.

قيد بـ«الذمي»؛ لأن شهادة الْمُستأمِنِ على مثله مقبولة إذا كانا من دار واحدة، فإن كانا من دارين مختلفين لا تُقْبَلُ.

(**وتُقبلُ شهادةُ الذميِّ عليه**) أي على المستأمِنِ؛ لأن وِلاَيَتَه ثابتةٌ في دارنا على نفسِه وأولادِه الصغارِ، فتكون ثابتةً في جِنْسِهِ.

(**وتُقبلُ شهادةُ الأَقْلَفِ**) وهو الذي لا يختن؛ لأنه لا يُخِلُّ بالعَدَالَةِ. هذا إذا تَركه بعذرٍ منه من كِبَرٍ أو خوفِ هلاك، وإن تَرَكَه استخفافاً للسنة لا تُقْبَلُ.

(**وَالخَصيِّ**)؛ لأن عمر رضي الله عنه قَبِلَ شهادةَ عَلقمَةَ وكان خَصِيّاً.

(**والخُنْثَى**)؛ لأنه إما رجلٌ أو امرأةٌ، وشهادةُ كِلَيْهِمَا مقبولةٌ، وإن كان مُشكلاً يُجْعَلُ امرأةً في حق الشهادة احتياطاً.

(**وولدِ الزِّنا**)؛ لأن فِسْقَ أبويه لا يَستَلزِمُ فِسقَه.

(**والمعتبرُ: حالُ الشاهدِ وقتَ الأداءِ، لا وقتَ التحمُّلِ**)؛ لأن العملَ بها[٢]، والإلزام حالةُ الأداءِ، فتُعْتَبَرُ الأهليةُ والولايةُ عنده.

---

(١) فتقبل عنده، ولا تقبل عندنا.

(٢) شهادة.

(وإذا كانت الحسناتُ أكثرَ من السيئات) واجتنب الكبائرَ ولم يُصِرَّ على صغيرةٍ أيضاً؛ لأنها بالإصرار عليها تكون كبيرةً.

(قُبِلَت الشهادةُ) وإن[1] أَلَـمَّ بمعصيةٍ، وإلمامُ الصغيرة لا يَقدَح في العدالة؛ لأن العصمةَ منها لو كانت مشروطةً في العدالةِ لانْسَدَّ بابُ الشهادة؛ إذ لا يوجَد من البَشَرِ من هو معصوم سوى الأَنْبِيَاءِ عليهم السلام.

وفي «الاختيار»: إن الجرح مقدَّم على التعديل؛ لأن الجارحَ اعتمد دليلاً، وهو العِيَان لارتكابه محظورَ دِينه. والمعدِّلُ يَشهَد بالظاهر، ولم يعتمد على دليلٍ. ولو عدَّله واحد وجَرَحَه آخَرُ، فالجرحُ أولى، فإن عدَّل آخَرُ، فالتعديلُ أولى؛ لأنه حجة كاملة، ولو عدَّلَه جماعةٌ، وجَرَحَه اثنان، فالجَرْحُ أولى لاستوائهما في الثبوتِ؛ لأن زيادةَ العددِ لا يوجِب الترجيحَ، ولا يَسمَعُ القاضي الشهادةَ على الجرحِ قصداً، ولا يحكم بها؛ لأن الحُكمَ للإلزامِ، وأنه يُرْتَفَعُ بالتوبةِ، ولأن فيه هتكه والستر[2] واجب.

ولو شهدوا على إقرار المدعي بذلك سمعها[3]؛ لأن الإقرارَ يدخل تحت الحكم، ويَظْهَرُ أثره في حق المدعي.

ولو أقام المدعَى عليه بينةً أن المدعِي استأجر الشهودَ لأداء الشهادة لا تُقْبَلُ؛ لأنها على الجَرحِ خاصةً؛ إذ لا خصم في إثبات الإجارة، حتى لو قال: استأجرهم بدراهم، ودَفَعَها إليهم من مالي الذي في يده قُبِلَتْ؛ لأنه خصم، ثم يثبت الجرحُ بناءً عليه.

وكذلك لو قال: صالحتُهم على مالٍ دَفَعْتُ إليهم لئلا يشهدوا بهذا الباطل، وطالبهم برد ذلك المال، وأقام البينةَ على ذلك لما قلنا.

---

(١) وصل.

(٢) حال.

(٣) أي قبلها.

ولو قال: ما سَلَّمْتُ المالَ إليهم لا تُقْبَلُ.

ولو أقام البينةَ أن الشاهدَ عبدٌ، أو محدودٌ في قذف، أو شاربُ خمرٍ، أو سارق، أو شريكُ المدعِي، أو أجيرُه ونحوُ ذلك قُبِلَتْ؛ لأن ذلك مما يدخل تحت الحكم؛ لأنه يتضمن حَقَّ الشرعِ، وهو الحدود أو حَقَّ العبدِ.

قال الخصاف: وأسباب الجرحِ كثيرةٌ: منها: الركوبُ في البحرِ، والتجارةُ إلى أرض الكفار، وفي قرى فارس وأشباهُه، لأنه خَاطَرَ بدينه ونفسه حيث سَكَنَ دارَ الحرب، وكثَّر سوادَهم لينالَ بذلك مالاً، فلا يُؤمَن أن يكذِبَ بأخذِ المال، وقُرَى فارس يَطْعَمُونَ الربا، وهم يعلمون.

❊ ❊ ❊

فصل [في الشهادة على الشهادة]

(وتجوزُ الشهادةُ على الشهادةِ) وكان القياسُ ألا تجوزَ؛ لأن الشهادةَ عبادةٌ بَدَنِيَّةٌ، والنيابةُ لا تَجْرِي فيها، لكن جازت استحساناً لِمَسِّ الحاجةِ إليها؛ لأن الأصلَ قد يَعْجِزُ عن أداء الشهادة بموتٍ، أو مرضٍ، أو بُعْدِ مسافةٍ، ولو لم تَجُزْ شَهَادَةُ الفَرْعِ لَضَاعَ الحقوقُ.

(فيما لا يَسقطُ بالشُّبْهَةِ) احترز به عن الحدودِ والقصاصِ، فإنهما يَسقطان بالشُّبْهَةِ، ولهذا لم تجز فيهما شهادةُ النساء، لما فيها من شبهة البَدَلِيَّةِ، وفي الشهادةِ على الشهادةِ حقيقةُ البدليةِ، فأولى ألا تَجُوزَ فيها.

وتقبل[1] على استيفاء الحدودِ؛ لأن الاستيفاءَ لا يَسْقُطُ بالشبهة، وما يوجب التعزيرَ عن أبي حنيفة أنه لا تُقْبَلُ كسائر العُقوبات.

وعن أبي يوسف: أنه تُقْبَلُ؛ لأن التعزيرَ لا يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ، لما روي أن النبي عليه السلام حَبَسَ رجلاً بالتهمة، والحبسُ تعزيرٌ.

(ولا تجوزُ شهادةُ واحدٍ على شهادةِ واحدٍ) لقول عليّ رضي الله عنه: لا تجوز على شهادةِ رجلٍ إلا شهادةُ رجلين.

(وتجوزُ شهادةُ اثنين على شهادة اثنين) يعني إذا شهد رجلان على شهادة رجل، وشهِد شاهدان الفرعان على شهادة رجل آخرَ في هذه الحادثة تقبل.

وقال الشافعي: لا تُقبل بل لا بد عنده أن يكونَ شهودُ الفرع أربعةً؛ لأن كلَّ فرعين، قاما مَقَامَ أصل واحد، فصارا كالمرأتين.

---

(١) أي الشهادة على الشهادة.

ولنا: أن الفَرْعَيْنِ شهدا بحق، وهو نَقلُ شهادةِ الأصلِ، وشهدا بحق آخرَ، وهو نَقلُ شهادةِ الآخرِ، فيجوز، كما إذا شهدا بدَيْنٍ، ثم بدَيْنٍ آخرَ.

(وصفةُ الإشهادِ: أن يقول) الشاهدُ **(الأصلُ: اشْهَدْ على شهادتي أني أَشْهدُ أَنَّ فلاناً أقرَّ عندي بكذا)** وهذه شهادة عند الفرع، كما يَشهَد عند القاضي، فلا بد منها لِيَنْقُلَهَا إلى مجلس القاضي.

(ويقول) الشاهدُ **(الفرعُ عند الأداءِ)** في مجلس القاضي: **(أَشهدُ أن فلاناً أَشْهَدَنِي على شهادته أنه يَشهَد أن فلاناً أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: اِشْهَدْ على شهادتي بذلك)** أي بالمقر به. والأقْصَرُ أن يقولَ: أَشْهَدُ على شهادةِ فلان بكذا، فيَذكر فيه شيئين لا غيرُ. ذكره محمد في «السير الكبير» وهو مختارُ بعضِ الفقهاء؛ لأنه أَيْسَرُ، وكذا في «التبيين».

(ولا تُقبل شهادةُ الفروعِ، إلا إذا تعذَّر حضورُ الأصولِ مجلسَ الحُكْمِ) وهو منصوب بنزع الخافض، أي إلى مجلس الحكم **(بموتٍ، أو مرضٍ، أو سفرٍ)** أي بغَيْبَتِهم مدةَ مسيرةِ سَفَرٍ؛ لأن الحاجةَ إلى شهادتهم إنما تكون عند عَجْزِ الأصولِ، وهو إنما يتحقق بهذه السباب.

وعن أبي يوسف: إذا كان الأصلُ في مكان إذا انطلق لأداء الشهادةِ لا يَقْدِرُ البَيْتُوتَةَ في منزله صح الإِشهاد. وبه أخذ كثير من المشايخ.

وعن محمد: أنها يجوز كيف ما كان، حتى إذا كان الأصلُ في زاوية المسجد يَشْهَدُ الفروعُ على شهادته في زاوية أخرى منه تُقْبَلُ.

وفي «النهاية»: إذا شهد الفروعُ مع كون الأصول في المصر يجب ألا تجوزَ عند أبي حنيفة. وتجوز عندهما بناءً على أن التوكيلَ بغير رضاء الخصم لا يجوز

عنده، ويجوز عندهما، فلا يملك الأصلُ عنده إِنَابَة غيرِه مَنَابَ نَفْسِهِ في الشهادة بلا عُذْرٍ، كما لم يملك المدعَى عليه أن يُثْبِتَ غيرَه مَنَابَ نَفْسِهِ في الجواب بدون عُذْرٍ، والجامع أن استحقاق الجواب على المدعَى عليه كاستحقاق الحُضُورِ على الشُّهُودِ. ويملك عندهما كما يملك المدعَى عليه.

(فإن عدَّلهم) أي الأصولَ **(شهودُ الفرعِ: جاز)**؛ لأن الفروعَ من أهل التزكية. وكذا إذا عدَّل أحدُ الشاهدَيْنِ صاحبَه، ولا يُتَّهَمُ بأن فيه تَنفِيذَ شهادته؛ لأن العَدلَ لا يتهم بمثله؛ إذ لو اتُّهِمَ لانْسَدَّ بابُ الشهادةِ.

(وإن سَكَتُوا عنهم) أي إن سكت الفروعُ عن تعديل الأصول **(جاز)** شهادتهم، ويسأل القاضي عنهم عند أبي يوسف؛ لأنهم لما نَقَلُوا قولَ الأصولِ، فكأنهم حَضَرُوا بأنفسهم، وشَهِدُوا فلا يَلْزَمُ الفروعُ تعديلُهم. وإن قالوا: لا نَعْرِفُ الأصولَ أَعَدْلٌ أم لا، لا يَرُدُّ القاضي شهادتَهم، ويَسْأَلُ عن الأصولِ غيرَهم[1]، وهو الصحيح.

وعند محمد: لا تُقْبَلُ شهادتُـهم؛ لأن الشهادةَ إنما تُقْبَلُ بالعَدَالَةِ، فإذا لم يَعْرِفُوا[2] عدالتَهم[3]، لم يَعْرِفُوا شهادتَـهم، فلا يصحُّ نَقْلُهم.

(وإذا أنكر شهودُ الأصلِ الشهادةَ: لم تُقبل شهادةُ الفروع به) أي بالمشهود به بأن قال الأول: ما[4] لنا شهادةٌ على هذه الحادثةِ، وماتوا، أو غابوا، ثم جاء الفروعُ يَشهَدون على شهادتهم بهذه الحادثة.

أما مع حضورهم، فلا يُلْتَفَت إلى شهادة الفروع لثبوت التعارض بين خبر الأصول وخبر الفروع.

---

(١) أي غير الفروع.
(٢) فروع.
(٣) أصول.
(٤) نفي.

وفي «الاختيار»: ولو ارتد شاهدَا الأصل، ثم أسلما لم تقبل شهادةُ الفروع؛ لأن بالردة بطل الإشهادُ. ولو ردت شهادة الفروع لتهمةٍ في الأصول، ثم تاب الأصولُ لم تقبل شهادةُ الأصولِ ولا الفروعِ؛ لأن بالردِّ بَطَلَ الإشهادُ.

وتجوز شهادةُ الابنِ على شهادةِ الأبِ؛ لأنه لا منفعةَ لأبيه في ذلك.

(**والتعريفُ**) أي تَعرِيفُ الغائبِ (**يَتِمُّ بذكرِ الجدِّ، أو الفَخِذِ**) وهو القَبيلةُ الخاصَّةُ، وتُقْبَلُ الشهادةُ.

قيد بـ«الفخذ»؛ لأن النسبةَ إلى القبيلة كبني تميم لا يَحُصل به التعريفُ؛ لأنهم لا يُحْصَوْن.

(**ولا بدَّ من نسبةٍ خاصةٍ**) بأن يقول: فلانُ بنُ فلان، ونَسَبَهُ إلى الجد الأدنى، أو إلى الفَخْذِ. وقد مر تمام التعريف في أوائل الباب.

(**فالنسبةُ إلى المصرِ، والْمَحَلَّةِ الكبيرةِ: عامةٌ**)؛ لأنهم لا يُحْصوْنَ (**وإلى السِّكَّةِ الصغيرةِ: خاصةٌ**) هذا عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف، فلأنَّ ذِكرَ الجَدِّ لا يُشْتَرَطُ عنده، فلا يشترط ما يقوم مَقامه من ذكر السِّكَّة الصغيرةِ، أو الفخذ، بل يتم التعريفُ عنده بذكر الأب.

اعلم أن هذا في العرب. أما في العجم، فلا يشترط ذكر الجد؛ لأنهم ضَيَّعُوا أَنْسَابَـهم، فيقوم ذكر الصِّنَاعَةِ مقام الجد، كذا في «التوفيق».

وفي «الأمالي»: وإن ذكر اسمه[١] ولم يذكر اسم الأب، لكن نَسَبَه إلى قبيلته، أو فخذه، فقال: فلان التميمي، أو ما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً في قولهم.

❊ ❊ ❊

---

(١) شاهد.

باب الرجوع عن الشهادة

(ولا يصحُّ) الرجوعُ عنها (إلا في مجلسِ الحُكْمِ) أيَّ حاكم كان[١]؛ لأن الرجوعَ عن الشهادةِ تَوْبَةٌ عما ارتكب من قولِ الزُّورِ، والتوبةُ بِحَسَبِ الجناية على ما قال ﷺ: «السر[٢] بالسر والعلانية بالعلانية»، فلما كانت شهادةُ الزُّورِ بحضرة القاضي يجب أن يكونَ تَوبتها كذلك. ولو أقام الْمَقْضِيُّ عليه بينةً أن الشاهدين رَجَعَا عند غير القاضي لا يُسْمَعُ. ولو أقامَ بينةً أنهما أقرَّا برجوعهما عند غير القاضي يُسْمَعُ؛ لأن إقرارَهما به يكون رجوعاً منهما في الحال.

(فإن رَجَعُوا) يعني الشهودَ (قبل الحُكْمِ بها) أي بشهادتهم (سَقَطَتْ) شهادتهم، ولا يُقْضَى بها؛ لأن كلامَهم الأولَ والثانيَ تَنَاقَضَا.

(وبعده) أي وإن رجعوا بعد الحكم (لم يُفْسَخ الحُكْمُ)؛ لأن كلامَهم الأولَ تَرَجَّحَ باتصال الحكم به.

(وضَمِنُوا ما أَتْلَفُوا بشهادتهم)؛ لأنهم صاروا سبباً لإتلاف المال على وجه التعدي، فلزمهم الضمانُ كحافر البئرِ. هذا إذا قَبَضَ المدعِي المالَ دَيناً كان أو عَيناً؛ لأن الإتلافَ لا يتحقق بدون قبضِه، كذا في «شرح المجمع» لمصنفه.

فلو شهدا أنه قضاه دَينَه، أو أبرأه منه، فقُضِيَ به، ثم رَجَعَا ضمنا، لما قررنا.

(فإن شَهِدَا بمالٍ، فقُضِيَ به) أي بذلك المال (وأَخَذَه المدعِي، ثم رَجَعَا) عن

---

(١) يعني مولى كان أو محكماً.

(٢) أي يكون توبة الذنب السر بالسر وتوبة الذنب العلانية بالعلانية.

شهادتهما (ضَمِنَاه) أي المالَ (للمشهودِ عليه) لوجودِ السبب على وجهِ التعدي، وأنه موجِبٌ للضمان. ولا وجه إلى تضمين المدعِي؛ لأن الحكم مَاضٍ، ولا تَضمِينَ القاضي؛ لأن في تضمينه مَنْعَ الناسِ عن تَقَلُّدِ القَضَاءِ خَوْفاً من الضَّمَانِ.

(وإن رَجَعَ أحدُهما) أي أَحَدُ الشاهدين (ضَمِنَ) الراجعُ (النصفَ) أي نصفَ المال؛ لأن نِصفَ الحقِّ ثابت لمن بَقِيَ.

(والعِبْرَةُ في الرجوع: لمن بَقِيَ، لا لِمَنْ رَجَعَ) وفَرَّعَه بقوله: (فلو كانوا) أي الشهودُ (ثلاثةً، فرَجَعَ واحدٌ) منهم (لا شيءَ عليه) أي على الراجع؛ لأنه قد بَقِيَ من يقوم الحقُّ به.

(فإن رَجَعَ آخَرُ ضمن الراجعان النصفَ) لما مر.

(ولو شَهِدَ رجلٌ وامرأتان، فرَجَعَت واحدةٌ) منهما (فعليها) أي على الراجعةِ (رُبعُ المالِ)؛ لأن ثلاثةَ أرباع الحق ثابت بمن بقي، وهو الرَّجُلُ والمرأةُ، فإن رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نصفَه لما بينا.

(ولو شَهِدَ رجلٌ وعَشْرُ نِسْوَةٍ، ثم رَجَعُوا) أي الرجلُ وعَشرُ نِسوةٍ (فعليهن) من الضمان (خمسةُ أَسْدَاسِ الحقِّ، وعليه سُدُسُه) أي على الرجل ضَمَانُ سُدُسِ الحقِّ.

وقالا: عليهن النصفُ، وعليه النصفُ؛ لأنهن وإن[1] كَثُرْنَ يَقُمْنَ مقامَ رَجُلٍ، ولهذا لا تُقْبَلُ شهادتهن، إلا بانضمام رجل.

قيد بـ«رجوع الكل»؛ لأن الرجلَ لو لم يَرجع كان عليهن النصفُ اتفاقاً، لبقاء مَن ثبت به نصفُ الحقِّ.

---

(١) وصل.

ولأبي حنيفة: أن كل امرأتين تَـقُومَانِ مقام رجل، فصار كما إذا شهد ستةُ رجال، فرَجَعُوا.

وفي «الاختيار»: ولو رَجَعَ ثمانٍ لا شيء عليهن. ولو رَجَعَت أخرى، فعلى الراجعات الرُّبعُ، لما مر.

ولو رجع الرجلُ وثمانِ نسوةٍ، فعلى الرَّجُلِ نِصفُ الحقِّ، ولا شيء على الراجعات؛ لأنه بَقِيَ منهن من يقومُ به نِصفُ الحقِّ.

(**ولو شهد رجلان وامرأةٌ، ثم رجعوا: فالضمانُ على الرجلين خاصةً**) يعني لا تَضْمَنُ المرأةُ؛ لأنها صارت كالمعدومةِ في الشهادةِ مع وجودهما.

(**ولو شَهِدَا بنكاحٍ بأقلَّ من مهر المثل، ثم رَجَعَا: لا ضمانَ عليهما**) أما عدمُ الضمان في نكاحها، فلأن خروجَ بُضْعٍ من ملكها غير متقوم بدليل أَنَّ المريضةَ لو زَوَّجَتْ نفسَها بأقل من مهر المثل لم يجب لها كمالُ المهرِ.

وأما عدمه في نكاحه، فلأنَّ الشاهدين أَتْلَفَا مَالَه بعوض متقوم، وهو دخولُ البُضْعِ في ملكه، والإِتْلاَفُ بعوض يكون كَلاَ إِتْلاَفَ.

(**وإن كان**) الشهادةُ (**بأكثرَ منه**) أي من مهر المثل (**ضَمِنَا**) أي الشاهدان (**الزيادةَ**) منه (**للزوج**)؛ لأنهما أَتْلَفَاهَا بغير عوض. هذا إذا كانت هي المدعيةَ للنكاح، وهو يُنْكِرُ.

وأما إذا كان المدعي له هو الزوجَ، فلا ضمان.

(**وفي الطلاق**) أي ولو رَجَعَا في الطلاقِ (**إن كان**) الرجوعُ (**قبل الدخول: ضَمِنَا نِصْفَ المهرِ**)؛ لأن الفُرقةَ قبل الدخول في معنى الفَسخِ لا يوجب على الزوج

شيئاً إذا كانت من جهتها، كتقبيل ابنِ زوجها، وهما[١] بإضافة الفُرقة إليه أَلْزَمَاه نِصفَ المهرِ، فيَضْمَنَانِ له ذلك إذا رَجَعَا.

(وبعده) أي وإن كان الرجوعُ بعد الدخولِ (لا ضمان عليهما)؛ لأنهما أَتْلَفَا عليه مَنَافِعَ البُضْعِ، وهي غيرُ متقومة في الخروج عن الملك.

وفي «الاختيار»: شَهِدَا بالطلاق، وآخَرَانِ أنه دَخل بها، ثم رَجَعُوا ضمن شهودُ الدخول ثلاثةَ أرباعِ المهرِ، وشهودُ الطلاق رُبعَه؛ لأن الفَرِيقَيْنِ اتفقا على النصفِ، فيكون على كل فريق رُبعُه، وانفرد شهودُ الدخولِ بالنصفِ، فيَنْفَرِدُونَ بضمانه.

وفي الشهادة[٢] بالعتقِ يَضْمَنَانِ القيمةَ؛ لأنهما أَتْلَفَا ماليةَ العبدِ من غير عِوَضٍ، والوَلاءُ له[٣]؛ لأن العتقَ لم يتحول إليهما، فلا يتحول الوَلَاءُ.

ولو شَهِدَا بالبيع، ثم رَجَعَا ضَمِنَا القيمةَ لا الثمنَ؛ لأنهما أتلفَا المبيعَ لا الثمنَ.

ولو شهدا ببيعِ عبدٍ، ثم رَجَعَا بعد القضاء[٤]، وقيمةُ[٥] العبدِ أكثرُ من الثمن ضَمِنَا الفَضْلَ.

ولو شَهِدَا بالتدبير، ثم رَجَعَا ضَمِنَا ما نَقَصَه التدبيرُ.

وفي «النهاية»: وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد، ثم يتبعون المكاتبَ على نجومه؛ لأنهم قاموا مَقام المولى في ذلك حين ضمنوا قيمتَه، ولا يَعتِقُ المكاتَبُ، حتى يؤدِّيَ ما عليه، فإذا أَدَّى عتق، والوَلاء للذي كاتبه. وإن عجز

---

(١) شهدان.

(٢) أي لو رجعا في الشهادة.

(٣) مولى.

(٤) أي بعد قضاء القاضي بصحة البيع.

(٥) حال.

ورُدَّ إلى الرق كان لمولاه؛ لأن رقبته لم تَصِرْ مملوكةً للشاهدين، ويؤدي المولى ما أَخَذَ من الشهودِ عليهم.

(وإذا رَجَعَ شهودُ القِصَاصِ) بعده (ضَمِنُوا الدِّيَةَ) ولا قصاص عليهم.

وقال الشافعي: يُقْتَصُّ الشهودُ إن قالوا: تَعَمَّدْنَا به؛ لأنهم تَسَبَّبُوا بقتله، فصار كالمكرِهِ عليه.

ولنا: أنهم لم يباشروا القتلَ، ولم يَصِيروا سبباً يضاف القَتلُ إليه؛ لأنه وُجد باختيار الولي، وتَخَلُّلُ الفِعلِ الاختياري بينهما[1] قَطَعَ نِسبةَ القتلِ إليهم كما يُنسَب إباقُ العبدِ إلى من حَلَّ قَيْدَه، بخلاف المكرِهِ؛ لأنه مُلْجِئٌ إلى القتل، فصار المكرَه كالآلة للمكرِهِ.

ولو شهدا بالعَفْوِ عن القصاص، ثم رَجَعَا لم يَضْمَنَا؛ لأن القصاصَ ليس بمال، كذا في «الاختيار».

(وإذا رَجَعَ شهودُ الفَرْعِ: ضَمِنُوا)؛ لأن التَّلَفَ مضاف إلى شهادتهم.

(وإن رَجَعَ شهودُ الأصلِ، وقالوا: لم نُشْهِدْ شهودَ الفرعِ: لم يَضْمَنُوا) يعني الأصول؛ لأنهم أنكروا سَبَبَ الضمان، وهو إشهادُهم، ولا يبطل القضاءُ للمتعارض بين الخبرين، ولا ضمان على الفروع أيضاً؛ لأنهم ما رجعوا، كذا في «شرح المختار».

وفي «الاختيار»: ولو قالوا: أشهدناهم، وغَلِطْنَا، فلا ضمانَ عليهم.

وقال محمد: يضمنون؛ لأن الفروعَ نَقَلُوا شهادتَهم، فصار كأنهم حَضَرُوا.

ولهما: أن القضاءَ وَقَعَ بما عَايَنَهُ من الحجة، وهي شهادةُ الفروع، فيُضَافُ إليهم.

---

(١) أي بين مباشرتهم وبين القتل.

ولو رَجَعَ الأصولُ والفروعُ جميعاً، فالضمانُ على الفروع عندهما، لما بينا.

وعند محمد: إن شاء ضَمَّنَ الأصولَ، لما مر، وإن شاء ضَمَّنَ الفروعَ، لما مر لهما.

وفي «المحيط»: صورة رجوع الأصل: أن يقولوا: أشهدناكم بباطل؛ إذ لو قالوا: لم نُشْهِدْكم أصلاً، فلا ضمان على الأصول اتفقاً.

(ولا ضمانَ على شهود الإحصان) إذا رَجَعُوا؛ لأنهم شهودُ شرطٍ مَحْضٍ، والحكم لا يضاف إلى صاحب شرط[1].

(وإن رَجَعَ شهودُ اليمينِ، وشهودُ الشرطِ) يعني إذا شهد شاهدان أنه علَّق عتقَ عبده بشرط[2]، وشهد آخَرانِ أنَّ الشَّرْطَ الذي عُلِّقَ العتقُ به وُجد، فحَكَمَ الحاكمُ به، ثم رجع جميعُهم.

(فالضمانُ) بقيمةِ العبدِ **(على شهودِ اليمينِ)**؛ لأنهم أثبتوا العلةَ، وهو قوله: أنت حر. ولا يضمن شهودُ الشرطِ؛ لأن الشرط كان مانعاً، وهم أَثْبَتُوا زوالَ المانعِ، والحُكْمُ يضاف إلى العلة، لا إلى زوال المانع.

(وإذا رَجَعَ المزكُّونَ) عن تزكيةِ الشهود **(ضَمِنُوا)** وقالا: لا يَضْمَنُونَ؛ لأنهم إنما أَثْنَوْا على الشهودِ، فصاروا في المعنى، كشهودِ الإحصانِ إذا رَجَعُوا.

ولأبي حنيفة: أن الشهادةَ إنما تُقْبَلُ بالتزكية، فصارت في المعنى علةً للعلة، فيضاف الحكم إليها، كما يُضَافُ إلى العلة، بخلاف شهود الإحصان، فإنهم لم يُثْبِتُوا ما هو مؤثِّر، وهو الزنا، وإنما أَثْبَتُوا الإِحْصَانَ، وهو شَرطٌ مَحْضٌ، ولهذا تُقْبَلُ شهادةُ النساءِ فيه.

---

(١) بل يضاف إلى صاحب العلة.

(٢) كدخول الدار مثلًا.

كتاب الوكالة

وهي بالكسر والفتح بمعنى الحفظ، ومنه الوكيل[١] في أسماء الله تعالى.

وقيل: هي عبارة عن التفويضِ والاعتمادِ، قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُۥٓ﴾[٢]، أي من اعتمد عليه، وفَوَّضَ أمرَه إليه كَفَاه. روي أنه ﷺ: «وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية»، وعلى جوازها انعقد الإجماعُ.

(**ولا تصحُّ**) الوكالةُ (**حتى يكونَ الموكِّلُ ممن يَـمْلِكُ التَّصَرُّفَ**)؛ لأن الوكيلَ يَسْتَفِيدُ ولايةَ التَّصَرُّفِ منه، فيمتنع أن يَسْتَفيدَها ممن لا يملكه.

وقيل: هذا ليس بشرط عند أبي حنيفة؛ لأن توكيلَ المسلم ذمياً ببيع الخمر جائز عنده، ولا يجوز عندهما.

أما الثمنُ، فَمَالٌ خَبِيثٌ بالاتفاق.

ويُـمكن أن يرادَ به أن يكونَ مالكاً لأصل التصرفِ وإن[٣] امتَنَعَ في بَعضِ الأشياءِ بعارض النهي.

(**ويَلزمُه الأحكامُ**) قيد به؛ لأنه لو كان الموكِّلُ لا يَلزمَه الأَحكَامُ لا يصح توكيله، كالصبي والعبد المحجورَيْنِ؛ لأن المطلوبَ[٤] من الأسباب أَحكَامُها.

---

(١) أي الحفيظ.

(٢) سورة الطلاق: ٣.

(٣) وصل.

(٤) كالتوكيل مثلًا.

(والوكيلُ) عطف على قوله: الموكلُ **(ممن يَعقِلُ العَقْدَ)** أي يَعرِفُ الغَبنَ الفاحشَ من اليَسِيرِ. ويعرف أن الشراءَ جالبٌ للمبيع، وسالبٌ للثمن والبيع على عكسه.

(ويَقْصِدُهُ) أي يَقصِد بالبيع ثبوتَ الحكم أو الرِّبحَ لا الهَزلَ؛ لأنه قائم مقام الموكل، فلا بد أن يكون من أهل العبارة، فلا تصح وكالةُ الصبي الغيرِ العاقلِ والمجنونِ.

ولو وكل صبيّاً عاقلاً مأذوناً، أو عبداً مأذوناً، أو محجوراً بإذن مولاه جاز. وكذلك إذا وكل المسلم ذمياً، أو بالعكس[1]، أو حربياً مستأمِناً، لما ذكرنا.

(وكلُّ عقدٍ جاز أن يَعقدَه بنفسه: جاز أن يُوكِّلَ به)؛ لأن الإنسانَ قد يَعجِزُ عن مباشرةِ بعضِ الأفعالِ بنفسه، فيحتاج إلى التوكيلِ، فوجب أن يُشْرَعَ دَفْعاً للحاجةِ. وذلك كالبيعِ، والشراءِ، والإجارةِ، والنكاحِ، والطلاقِ، والخلعِ، والإعارةِ، والاستعارةِ، والهبةِ، والصدقةِ، والإيداعِ، وتقاضي الديونِ، والرهنِ، والإقراضِ، والارتهانِ.

فإن قلت: هذا منقوض بالوكيل؛ لأن مباشرته جائز فيما وُكِّلَ فيه، ولا يجوز أن يوكل غيرَه وبالمستقرض، فإنه يجوز له أن يُباشِرَ الاستقراضَ لنفسه، ولا يجوز له أن يوكل فيه غيرَه، حتى لو وَكل به، فما استقرَضَه يكون للوكيل لا للموكل؟

قلت: المراد به أن يباشرَ بنفسه لنفسه، والوكيلُ مباشِر للغير، وكذا المرادُ به مباشرةُ الموكل بالعقدِ، وما يأخذه المستقر لا يكون مديوناً بالعقد، بل إنما يكون بالقبضِ، والوكيلُ بقبض مالِ الغيرِ غيرُ صحيحٍ.

(فيجوزُ) التوكيلُ **(بالخصومةِ في سائر الحقوقِ)** أي جميعِها **(وإيفائِها)** أي أدائِها **(واستيفائِها)** أي قبضِها؛ لأن الموكلَ قد لا يَهْتَدِي إلى وجه الخصومةِ، وإلى طريقِ الإيفاءِ والاستيفاءِ **(إلا الحدودَ، والقصاصَ)** أي لا يجوز التوكيل في استيفاء

[1] أي وكل الذمي مسلماً.

الحدودِ والقصاصِ. (**فإنه**) الضميرُ للشأن (**لا يجوز**) للوكيل (**استيفاءُهما مع غيبةِ الموكل**)؛ لأنهما يَنْدَرِئَانِ بالشبهةِ، وشبهةُ العفوِ ثابتةٌ عند غيبةِ الموكل، لكونه مَندوباً، بخلاف غيبةِ الشاهدِ الأصلِ، حيث لم يكن شبهةُ رجوعِه مانعةً؛ لأن الظاهرَ فيه عدمُ الرجوعِ.

وقال أبو يوسف: لا يجوز التوكيلُ بإثبات الحدودِ والقصاصِ؛ لأنه نيابةٌ، فيُتَحَرَّزُ عنها في هذا الباب كالشهادة[1] على الشهادة.

ولأبي حنيفة: أن الجنايةَ سببُ الوجوبِ، والظهورُ يُضاف إلى الشهادةِ، والخصومةُ شرط، فيجوز التوكيلُ به كسائر الحقوقِ، بخلاف الاستيفاءِ على ما بينا.

(**ولا يجوز**) التوكيلُ (**بالخصومةِ**) سواء كان من جانب المدعِي أو المدعَى عليه (**إلا برضاءِ الخَصمِ**) فلو لم يَرْضَ خَصْمُهُ بتوكيله يَرْتَدُّ برده، ولا يلزم عليه الجوابُ بخصومة الوكيل. ولا يَسقُط حَقه في طَلَبِ حُضُورِ الموكل والجواب بنفسه. ولو رضي، ثم مَضَى يوم، فقال[2]: لا أَرْضَى له ذلك[3]، كذا في «القنية».

(**إلا أن يكون الموكِّل مريضاً**) لا يَقدر على المشي (**أو مسافراً**) أي غائباً مدة السفر، أو مريداً للسفر، أو (**مُخَدَّرَةً**) أي مُحَجَّبَةً التي لم يكن البُرُوزُ[4] عادتها، ولا يَرَاهَا غير مَحَارِمِها من الرجالِ، فحينئذ يجوز بغير رضاء الخصم.

وقالا: يجوز بغير رضاه مطلقاً.

قيد بـ«الخصومة»؛ لأن التوكيلَ بقبض الدَّين بلا رضاء الخصم جائز اتفاقاً.

---

(١) يحترز عنها في هذا الباب.

(٢) جواب «لو».

(٣) أي عدم الرضاء.

(٤) أي الظهور.

لهما: أنه وكل بما هو حقه، فيجوز بلا رضاء خصمه كالتوكيل بقبض الدين.

ولأبي حنيفة: أن الوكيلَ قد يكون أشدَّ خصومةً، وآكَدَّ إنكاراً، فيتضررُ به خصمُه، فلا يجوز بغير رضاه كالحوالة بالدين، بخلاف الوكيل بالقبضِ، فإنه لا يختلف، والمختارُ للفتوى أن القاضي إن عَلِمَ من الوكيل قَصْدَ الإِضْرَارِ بخصمه يَعْمَلُ بقول أبي حنيفة، وإن عَلم من خَصمِ الموكل التعنت في الإباء من قبول التوكيل يَعْمَلُ بقول صاحبيه.

(وكلُّ عقدٍ يُضيفُه الوكيلُ إلى نفسه كالبيعِ، والإجارةِ، والصلحِ عن إقرارٍ يتعلَّق حقوقُه) أي حقوق ذلك العقد **(به)** أي بالوكيل، وهو متعلق بقوله: «يتعلق» وإن[1] عَقَدَه بحضرة الموكل.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لا يَنتقل الحقوقُ إلى الموكل فيما يُضاف إلى الوكيل ما دام الوكيلُ حيّاً وإن[2] كان غائباً.

وقال الشافعي: الحقوقُ متعلقةٌ بالموكل؛ لأنها تابعةٌ للملك، وهو ثابت للموكل، فكذا تَوَابِعُه.

ولنا: أن العقدَ صادرٌ من الوكيل حقيقةً وحُكماً، فكذا استَغنَى عن إضافة العَقدِ إلى موكله، فحقوقه يَتعلق به، والْمِلكُ يثبت للموكل خِلاَفَةً عن الوكيل.

قيد بقوله: «يُضِيفه الوكيلُ إلى نفسه»؛ لأن الوكيلَ بالبيعِ، أو الشراءِ لو أضاف العَقدَ إلى الموكل لا يَرجِعُ حقوقُ العَقدِ إلى الوكيل اتفاقاً، كذا في «الفصول».

وذلك الحقوقُ **(مِن تَسلِيمِ المبيع)** إذا كان وكيلاً بالبيع **(ونقدِ الثمنِ)** إذا كان وكيلاً بالشراء **(والخصومةِ في العيبِ)** سواء كان وكيلاً بالبيعِ، أو الشراءِ.

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

وفي «المحيط»: لو وكل الوكيلُ غيرَه فيَبِيع أو يَشتري، والوكيلُ حاضر يكون العُهْدَةُ إلى الوكيل الثاني (**وغيرِ ذلك**) كقَبضِ المبيع ومُطَالَبَةِ الثمن (**إلا الصبيَّ، والعَبدَ الْمَحْجُورَيْنِ، فيجوز عُقودُهما**)؛ لأنهما من أهل التصرفِ، حتى لو كانا مأذونين جاز على ما مر في الحجر (**ويَتَعَلق حُقوقهما بموكلهما**)؛ لا بهما؛ لأنهما لَيْسَا من أهل التَبَرُّعَاتِ، والتزامِ العُهْدَة لقصور أهليةِ الصبيِّ ولحقِّ السيدِ، فيَلْزَمُ الموكِّلَ.

وعن أبي يوسف: لو عَلِمَ العَاقِدُ الآخَرُ أنه[١] مَحْجُورٌ عليه بعد العَقدِ، فله خيارُ العيبِ لاعتقاده رجوعَ الحُقُوقِ إلى العَاقِدِ، وقد فاته، فيَتَخَيَّـرُ.

(**وإذا سلَّم**) الوكيلُ (**الْمَبيعَ إلى الموكِّل: لا يَرُدُّه**) أي لا يرد الوكيلُ المبيعَ (**بِعَيبٍ إلا بإذنه**) أي الموكلِ؛ لأن الوكالةَ انتهت بالتسليمِ. ولو وَجَدَ الموكلُ به عَيباً بعد موت الوكيل يَرُدُّه الموكلُ إن لم يكن للوكيل وارثٌ ووصيٌّ.

(**وللمشتري أن يمتنعَ من دفعِ الثَّمَنِ إلى الموكِّل**) لما بينا أن الحقوقَ راجعةٌ إلى الوكيلِ، فهو أجنبيٌّ من العَقدِ.

(**فإن دَفَعَه إليه**) أي إن دَفَعَ المشتري الثمنَ إلى الموكل: (**جاز**) لأنه حَقه. وليس للوكيل أن يُطَالِبَه به؛ إذ لا فائدةَ في الأَخذِ منه، ثم يَدْفَعُه[٢] إليه.

ولو كان للمشتري عليهما[٣] دَين أو على الموكل يقع الْمُقَاصَّةُ بدينِ الموكل لما بينا أنه حقَّه، ويَقع الْمُقَاصَّةُ بدَين الوكيل لو كان وحده؛ لأنه يَـمْلِكُ الإِبْرَاءَ عنه، لكنه يَضْمَنُه للموكل.

---

(١) وكيل.

(٢) ثمن.

(٣) أي على الوكيل والموكل.

(وكلُّ عَقدٍ يُضِيفه) الوكيلُ (إلى موكله، فحقوقه) أي العَقدِ، كتسليم المهر، وبدل الخلع، وحق الرجوع في الهبة، والقبضِ إذا وُكِّلَ بقبول الصدقة، وقبض العارية وغيرها (متعلِّقةٌ بموكله، كالنكاحِ) ولو أضاف الوكيلُ النكاحَ إلى نفسِه تكون المنكوحةُ له (والخلعِ، والصلحِ عن دمِ عمدٍ، والعِتقِ على مالٍ، والكتابةِ، والصلحِ عن إنكارٍ) قيد به؛ لأن الصُّلحَ عن إقرارٍ بمنزلة البَيعِ، وهو مضاف إلى الوكيل (والهبةِ، والصدقةِ، والإعارةِ، والإبداعِ، والرهنِ، والإقراضِ) قيد به؛ لأن الوكيلَ بالاستقراض باطل، لما مر قريباً، (والشركةِ، والمضاربةِ) فإن الوكيلَ يُضِيفُ هذه العقودَ إلى موكله، كَأَنْ قال: خَالَعَكِ موكلي بكذا، وكذا في أَمثاله؛ لأن أَحكامَ هذه العقودِ لم يَنْفَصِل عنها، ولم يَقْبَلِ الانتقالَ. وإذا وُجِدَ عَقْدٌ منها وُجِدَ بحكمه، فلم يَسْتَغْنِ من الإضافة إليه[1]، بخلافِ البيعِ وأمثالِه، فإن حُكمَه يَقْبَلُ الانْفِصَالَ عنه، كما في البيع بشرط الخيار، فيثبت الملكُ للوكيل، فيَنتقل[2]، فجاز أن يُجْعَلَ الوكيلُ أصلاً في حقوق العَقدِ من تسليم الثمن وغيرِه، فاستغنى عن الإضافةِ إلى الموكل.

قوله: «والهبةِ، والصدقةِ إلى آخره»: صورة الهبة: رجل وكل رجلاً بأن يَهَبَ عبدَه إلى آخرَ، فحقوقُ الهبة تَرجع إلى الموكل، وحقوقه أن يطالبَ العوضَ، ويَسترد الهبةَ، فطلبُ العوضِ واستردادُ الهبة لا يلزم الوكيلَ.

وصورة الصدقة: رجل وكل رجلاً بأن يَقْبَلَ له صدقةً، فحقوقها القَبضُ يرَجع إلى الموكل.

وصورة الإعارة: رجل وكل رجلاً بأن يُعِيرَ أرضَه للبناء والغَرسِ بالوقتِ،

---

(١) موكل.
(٢) أي ينتقل الملك من الوكيل إلى الموكل.

ثم رَجَعَ الموكلُ قبل الوقتِ، وكلف بالقلع، فضمانُ ما نَقَصَ البناءُ والغرسُ بالقَلع على الموكل، ولا يخاصم المستعيرُ بالوكيل.

وصورة الإيداع: رجل وكل رجلاً بأن يُودِعَ شيئاً عند آخَرَ، فمن حقوقه رَدُّ العَينِ، فلا بد أن يكون إلى الموكل، فإن سلم إلى الوكيل لم يبرأ من الضمان إن هلك في يده.

وصورة الرهن: رجل وكل رجلاً بأن يَرْهَنَ عبدَه، فمن حقوقه إيفاءُ الدَّين، وفكُّ الرهنِ، فإنه لا يلزم على الوكيل.

وصورة الإقراض: رجل وكل رجلاً بأن يُقرِضَ إلى فلان، فأَقْرَضَ، فمن حقوقه أن يُطالَبَ القرضُ، فإنه لا يَلْزَمُ على الوكيل.

وصورة الشركة: رجلان أرادا أن يَعقِدَا الشركةَ بالعروض، ثم وكَّل أحدُهما رجلاً لعَقْدِ الشركةِ، فمن حقوقها بَيعُ نصفِ العَرضِ بنصف عَرضِ صاحبه، فإن هذا البيعَ لا يلزم على الوكيل.

وصورة المضاربة: رجلان أرادا أن يَعقِدا عقدَ المضاربةِ، فوكل ربُّ المال رجلاً بأن يَعقِدَها، فمن حقوقِها تسليمُ رأسِ المالِ إلى المضاربِ، فإنه لا يلزم على الوكيلِ.

(ومن وكَّل رجلاً بشراء شيءٍ: ينبغي أن يَذكر) الموكلُ (صِفَتَه) ككونه تُركيّاً، أو حَبَشِياً هروِيّاً أو مرويّاً؛ إذ المراد من الصفة النوع، (وجنسَه) ككونه عبداً أو ثوباً (أو مَبْلَغَ ثمنِه) وجنسَه؛ إذ لو لم يذكره كانت الجهالةُ فاحشةً، ولا يصح التوكيلُ وإن[1] بين مبلغَ ثمنه، كقوله: اشتر لي فرساً بكذا، فإن جهالةَ نوعه يَنْدَفِعُ بذكر مبلغِ ثمنه لكونها يسيرةً، حتى قال قاضيخان: قد يَنْدَفِعُ جهالةُ النوع بحال الموكل وإن[2]

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

لم يُبَيِّن الثمَن، كما إذا قال واحد من العوام: اشتر لي فرساً، فاشترى فرساً يَلِيقُ للملوك لا يلزم الآمِرَ.

وفي «المنتقى»: إذا قال اشتر لي داراً بألف درهم لا يجوز، وإن قال بالكوفة يجوز.

(إلا أن يقول) الموكلُ **(له)** أي للوكيل: **(ابتَعْ لي ما رأيتَ)**؛ لأنه فَوَّضَ الأَمرَ إلى رأيه، فَأَيَّ شيء اشترى كان مُؤتمراً[1].

ولو قال: اشتر لي بألف ولم يَزِدْ عليه مثلاً، فإنه تَفوِيض استحساناً.

(وإن وكَّله بشراء شيءٍ بعينه) بأن قال الموكل: اشتر لي هذا الشيءَ **(ليس له)** يعني الوكيلَ **(أن يشتريه لنفسه)**؛ لأنه يَشتمل على عَزلِ نَفْسِهِ، وليس له ذلك إلا بمحضَرٍ من الموكل.

قيد بتعين ما يشتريه؛ لأنه لو وكله بأن يزوِّجه امرأةً[2] جاز له أن يتزوجها؛ لأنه كان مأموراً بنكاح مضاف إلى الموكل، ولما أضافه إلى نفسه صار مخالفاً فانعزل.

وأما المأمورُ بالشراء كان مأموراً بشراء مطلقاً[3]، فبالإضافة لا يكون مخالِفاً.

(فإن اشتراه بغير النقدَيْنِ) كالمكيلِ، والموزونِ **(أو بخلاف ما سَمَّى)** الموكل **(له)** أي للوكيل **(من جنسِ الثمنِ)** كما إذا وكل بأن يشتريَ بألف درهم، فاشترى بألف دينار **(أو وكل)** الوكيلُ رجلاً آخَرَ **(بشرائه)** أي بشراء شيء الذي عَيَّنَه موكله: **(وَقَعَ الشراءُ له)** أي للوكيل الأولِ؛ لأنه خَالَفَ الموكلَ.

---

(١) ممتثلًا.

(٢) معينة.

(٣) أي مضافاً كان أو غير مضاف.

وقال زفر: إذا اشتراه بكيلي أو وزني يقع للموكل؛ لأنه شراء مِن كل وجه لِتَعَلُّقِهِ بالذمة كالنقد، بخلاف ما إذا اشتراه بعَين لا يثبت في الذمة؛ لأنه بَيع من وجه شراءٌ من وجه.

ولنا: أنه ينصرف إلى المتعارَف عند الإطلاق، وهو النَّقْدَانِ، فيَتقيد به. ولو عَقد الوكيلُ الثاني بحضرة الأولِ لزم الموكلَ؛ لأنه بِرَأْيه، فلم يكن مخالفاً.

(وإن كان) الشيءُ **(بغير عَينه)** بأن وكله بشراء شيء موصوفٍ غيرِ معين **(فاشتراه)** الوكيلُ **(فهو له)** أي يكون ما اشتراه للوكيلِ **(إلا أن يَدْفَعَ الثمنَ من مال الموكل، أو يَنْوِيَ الشراءَ له)** أي للموكل، فيكون في الصورتين: ما اشتراه للموكل؛ لأن الثمنَ وإن[1] كان لا يتعين إلا أن العَقدَ إذا أضيف إليه يكون فيه شُبْهَةُ التعينِ، ولهذا لا يَطِيبُ له الربح إذا اشترى بالدراهم المغصوبةِ، فيكون المشترَى لصاحب المال.

وفي «الاختيار»: وإن أضافه إلى دراهم نفسِه كان لنفسه عملاً بالمعتَادِ، فإن الشراءَ، وإضافةَ العقدِ إلى دراهمه مُعْتَادٌ غيرُ مُستنكَرٍ شرعاً، وإن أضافَه إلى مطلق الدراهم، فإن نواه للآمِرِ فله، وإن نواه لنفسه فلنفسه؛ لأن له أن يَعْمَلَ لنفسه وللآمِرِ، وإن تَكَاذَبَا في النية يُحَكَّمُ النقدُ؛ لأنه دليلٌ، وإن تَوَافَقَا على عدم النية.

قال محمد: هو للعاقدِ عملاً بالأَصلِ[2].

وقال أبو يوسف: يحكَّم النقدُ لاحتمال الوَجهَين[3]. والوكيلُ بشراء شيءٍ بعينِه يقع العقدُ والملكُ للموكِّل وإن[4] لم يُضِفِ العقدَ إليه إلا في مسألةٍ، وهو ما

---

(١) وصل.

(٢) وهو أن يعمل لنفسه.

(٣) أحدهما: أن يعمل لنفسه والآخر أن يعمل للآمر.

(٤) وصل.

إذا قال لعبدِ غيره: اشترِ لي نفسَك من مولاك، فقال لمولاه: بِعني نفسي من فلانٍ، فبَاعَه فهو للآمِرِ، لأنه يصلُح وكيلاً عنه في ذلك، لأنه أجنبي عن ماليته، وإن وَجَدَ به عيباً إن عَلِم به العبدُ لا يرده؛ لأن علمَ الوكيل كعلم الموكِّل، وإن لم يَعلَم فالردُّ للعبد، وإن لم يقل: من فلان، عَتَقَ؛ لأن بيعَ العبد من نفسه إعتاق. أمره أن يشتري له كُرَّ حنطةٍ من قرية كذا، فالحملُ على الآمر، لجريان العادة والعُرفِ كذلك.

(**والوكيلُ في الصَّرفِ، والسَّلَمِ: يُعْتَبَرُ مفارقتُه**) أي الوكيلِ، حتى لو فَارَقَ الوكيلُ فيهما صاحبَه قبل القبضِ بطل العَقدُ، لِفَوَاتِ شرطِ صحته. هذا إذا لم يكن الموكلُ حاضراً في مجلس العَقدِ، فإن كان حاضراً في مجلسه، فلا يَضُرُّه مفارقةُ الوكيل.

(**لا**[1] **مفارقةُ الموكِّلِ**)؛ لأنه ليس بعاقدٍ (**وإن دَفَعَ إليه دراهمَ ليشتريَ له بها طعاماً: فهو**) أي الوكالةُ (**على الحنطةِ ودقيقِها**) اعتباراً بالعُرفِ.

(**وقيل: إن كانت**) الدراهمُ (**كثيرةً**) كثمانيةٍ فما فوقها (**فعلى الحنطةِ، وقليلةً**) أي وإن كانت الدراهم قليلةً، كدرهم إلى ثلاثةٍ (**على الخُبْزِ، ومتوسطةً**) أي وإن كانت الدراهم متوسطةً كأربعة إلى سبعةٍ (**على الدقيق**) اعتباراً بالعرف أيضاً.

وإن كان في موضع يَتَعَارفون أكلَ غيرِ الحنطة وخُبزِها، فعلى ما يَتَعَارَفُونَ.

وقال شمس الأئمة السرخسي: إلا أن يكونَ اتخذ وليمةً، فحينئذ يُعلم أن مرادَه الخبزُ وإن[2] كثرت الدراهم، كذا في «شرح المختار».

(**وإن دفع الوكيلُ الثمنَ من ماله: فله**) أي للوكيل (**حَبْسُ المبيع حتى يَقْبِضَ الثمنَ**) من الموكل سواء دَفعه إلى البائع أو لم يَدفعه.

---

(١) أي لا يعتبر.

(٢) وصل.

وقال زفر: ليس له ذلك؛ لأن يدَ الوكيل كيد الموكل معنًى، فكأنه سَلَّمه إليه، فسَقَطَ حقُّ الحبسِ.

ولنا: أن الوكيلَ كالبائعِ، والموكلَ كالمشتري، وبينهما مُبَادَلَةٌ حكميةٌ، ولهذا لو اختلفا في الثمن تَحالَفَا، ويَـرُدُّ الموكلُ بالعَيبِ على الوكيلِ، فله الحَبْسُ.

(فإن حَبَسَه) أي الوكيلُ المبيعَ **(وهَلَكَ: فهو كالبيع)** أي هلاكه كهلاك البيع في يد البائع؛ لأن بينهما مبادلةً حُكميةً، كما ذكرنا، فيَنفسخ العَقدُ بهلاكه.

وقال زفر: كالمغصوب؛ لأنه ليس له أن يَحْبِسَه عنده، فبالحَبْسِ صار متعدياً.

وعند أبي يوسف: كالمرهونِ؛ لأن حَبْسَه للاستيفاء، وهذا هو معنى الرهنِ، فيكونُ مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين مثلاً إذا كان الثمن خمسة عشر، وقيمةُ البيع عشرةً يَرجع الوكيل بخمسةٍ على الموكل عند مَن يقول بضمان الغَصبِ والرَهنِ. ولا يرجع عند مَن يقول بضمان المبيعِ.

ولو كان الثمنُ عشرةً، وقيمةُ المبيع خمسةَ عشر يَرجعُ الموكلُ على الوكيل بخمسةٍ عند مَن يقول بضمان الغَصبِ. ولا يجب شيء عند مَن يقول بضمان الرهنِ، أو المبيعِ.

(وإن وكَّله بشراء عشرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ، فاشترى) الوكيلُ **(عشرين)** رطلاً[1] **(مما يُباع منه عشرةٌ بدرهمٍ: لزم الموكِّلَ عشرةُ أَرْطَالٍ بنصفِ درهمٍ)**.

وقالا: يَلزمه العشرون بدرهم.

قيد بقوله: «مما يباع منه عشرة بدرهم»؛ لأنه لو اشترى عشرين من اللحم

---

(١) وهو مائة وثلاثون درهماً.

الذي يُسَاوِي عشرون منه بدرهم يصير مشترِياً لنَفسِه اتفاقاً؛ لأنه كان مأموراً بشراء السَّمِين، فخَالَفَه، واشترى الهَزِيلَ.

لهما: أن الموكل ظَنَّ أن سعرَه عشرةُ أرطال بدرهم، فإذا اشترى به عشرين، فقد زاده خيراً فيَلزمه، كما لو أمَرَه ببيع عَبده بألف، فباعه بألفين.

ولأبي حنيفة: أن الوكيلَ مأمور بعشرة أرطال لا بالزائدة عليها، فتكون الزائدةُ له، بخلافِ بيعِ العَبدِ؛ لأن الزائدَ هناك بَدَلُ مِلك الموكل، فيكون له.

(والوكيلُ بالبيع يجوز بيعُه بالقليلِ والكثيرِ وبالنَّسِيئةِ، وبالعُروضِ، ويأخذُ بالثمنِ رهناً، وكفيلاً).

وفي «العيون»: لو قال: بعه بالنقد، فباعه بالنسيئة يجوز. ولو قال: لا تبع إلا بالنقد، فباع بالنسيئة لا يجوز.

وفي «المنتقى»: هذا إذا كان للتجارة، فإن كان للحاجة لا يجوز كالمرأة إذا دَفَعَت غزلاً إلى رجل لبيعه. وهذا إذا باع بما يبيع الناسُ نسيئة، فإن أطال المدة متجاوزاً عنه لا يجوز، وبه يفتى.

وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة حالًّا، أو بما يُتَغَابَنُ فيه، ولا يجوز إلا بالأثمان، كذا في «الاختيار»؛ لأن البيعَ بغَبنٍ فاحشٍ بَيعٌ من وجه هِبَةٌ من وجه، ولذا لو صَدَرَ من المريضِ يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ، والبيعُ بالعروضِ شراءٌ من وجهٍ، فلا يَتَنَاوَلُهُ الأَمرُ بالبيعِ، ولأن الأَمْرَ عند الإطلاق يَنصَرِفُ إلى المعتادِ، كما إذا أمره بشراء الفَحْمِ يتقيد بالشتاء، وبالجمد بالصيفِ وغيرِ ذلك، والْمُتَعَارَفُ هو ثمنُ المثل وبالنقدين.

ولأبي حنيفة: أن التوكيلَ وَقَعَ مطلقاً، فيَجْرِي على إطلاقه في غير موضع التهمةِ[1]، والبيعَ بالغبنِ الفاحشِ بَيعٌ عُرفاً، حتى لو حلف لا يبيع، فباع به يَحنث

---

(١) وموضع التهمة أن يعقد الوكيل مع أصوله وفروعه وزوجته وعبده ومكاتبه، فعنده: لا يجوز العقد، وعندهما: يجوز بمثل القيمة إلا في العبد والمكاتب.

والبيع بالعَرض متعارَف عند شدة الحاجة إليه، فيتناولهما الأمرُ بالبيع، وكذا الخلاف في الإجارةِ.

بيانه: إذا وكله أن يؤجر أرضَه، فآجرها ينفذ مطلقاً، أو بعَرضٍ جاز عنده. وعندهما: يتقيد بالنقد وبالمثل.

(ولا يصحُّ ضمانُه) أي ضمانُ الوكيل بالبيعِ لموكله **(الثمنَ عن المشتري)**؛ لأنه أمين في الثمن، وبالشرط لا يكون مضموناً عليه كالوديعةِ والمضاربةِ.

(والوكيلُ بالشراءِ لا يجوز شراؤه إلا بقيمةِ المثلِ، وزيادةٍ يُتَغَابَنُ فيها) لاحتمال التهمة.

قيد بقوله: «يتغابن»؛ لأنه لو اشتراه بما لا يتغابن لا ينفذ على الموكل[١] لمكان التهمة. وهو أنه يجوز أنه اشتراه لنفسه، ثم وَجَدَه غيرَ موافق أو غَالِـيَ الثمن، فَأَلْحَقَهُ بالموكل، ولا كذلك في البيع؛ لأنه لا يجوز أن يبيعَه لنفسه، فلا تهمةَ. ولو أنه وكله بشراء شيء بعينه جاز شراؤه مطلقاً[٢]؛ لأنه لا يجوز أن يشتريَه لنفسه لما مر[٣]، فانتفت التهمةُ. وكذا الوكيلُ بالنكاح إذا زوَّجه بأكثرَ من مهرِ المثل جاز على الموكل لانتفاء التهمةِ؛ لأنه لا يجوز أن يتزوجها بخلاف الوكيل بمطلق الشراء، لاحتمالها، كما مر.

وعندهما: يتقيد في الكل بثمن المثلِ، ومهرِ المثلِ.

(وهو) أي الغَبْنُ اليَسِيرُ **(ما يَدخلُ تحت تقويمِ المقوِّمين)** من أهل الخِبْرَةِ

---

(١) بل على الوكيل.

(٢) أي سواء كان بمثل القيمة أو بزيادة لا يتغابن فيها.

(٣) وهو قوله: وإن وكله بشراء شيء بعينه إلى آخره.

(وقَدَّرُوه) يعني الغَبْنَ اليَسِيرَ **(في العُروضِ: في العشرة بزيادةِ نصفِ درهم، وفي الحيوانِ)** بزيادةِ **(درهمٍ، وفي العقار)** بزيادة **(درهمين)** وإنما قدَّرُوا هكذا؛ لأَن كثرةَ الغَبنِ يوجَد فيما يكون قليلَ التصرفِ، وبَيعُ العروضِ كثيرٌ، والحيوانِ متوسط، والعقارِ قليل، وما زاد عليها يكون فاحشاً. هذا إذا كان سعرُه غيرَ معروف بين الناس، ويحتاج فيه إلى تقويم المقوِّمين. وأما إذا كان مَعْرُوفاً كالخبز واللحم ونحوِهما لا يُعفَى غَبنه وإن[1] كان فَلْساً واحداً.

(ولو وكَّله ببيع عبدٍ، فباع) الوكيلُ **(نصفَه: جاز)** مطلقاً[2].

وقالا: إن باع الباقي قبل الخصومة يجوز، وإلا فلا؛ لأنه إذا باع النصفَ الثانِـيَ قبل أن يختصما يَحْصُلُ غَرَضُ الموكل، وبعد الاختصام في النصف الأولِ يَظهَر مخالفته.

ولأبي حنيفة: أن التوكيلَ مطلق، فيَتناول البيعَ جملةً ومتفرقاً.

(وفي الشراءِ) أي ولو وكله في شِرَاءِ عَبدٍ، فاشترى نصفَه **(يُتَوَقَّفُ)** شراؤُه، **(فإن اشترى)** الوكيلُ **(بَاقِيَه)** قبل الخصومة **(جاز)**، وإلا يَقَعُ الشراءُ للوكيلِ.

وقال زفر: يقع[3] للوكيل مطلقاً؛ لأنه كان مأموراً بشراء الكل، وبشراء النصف أوَّلاً تَعَيَّبَ العبدُ بعيب الشركةِ، فيكون للوكيل.

ولنا: أن شراءَ الكل قد لا يَتَّفِقُ جملةً، ويكون شراءُ البعضِ وَسِيلةً إليه، فيَتوقف الأمرُ، فإن اشترى الباقي قبل الاختصام حَصَلَ مَقصُودُ الموكل، وإن اشتراه بعده تَبَيَّنَ مخالفته.

---

(١) وصل.

(٢) يعني سواء كان باع الباقي قبل الخصومة أو لم يبع.

(٣) أي الشراء.

والفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة، والتي قبلها أن المبيعَ مِلكُ الموكل، فاعتُبِرَ فيه إطلاقه، والشراءَ يُصَادِفُ مِلكَ الغَيرِ، فلم يصح فيه إطلاقه، ولا تَقيِيدُهُ. ولو أَعْتَقَه الآمِرُ حَالَ التوقف نَفَذَ عِتقه عند أبي يوسف؛ لأن العقدَ كان موقوفاً على إجازة الموكل دون الوكيلِ، فالإعتاقُ إجازةٌ دلالةً، فيَنْفُذُ إعتاقه، ولا يَنْفُذُ إعتاقُ الوكيل.

وعند محمد: بالعكس[١]؛ لأن العقدَ إنما يُوقَفُ، لتَوَهُّمِ رفعِ المخالفة بشراء الباقي، فلما أعتق الوكيلُ تَأَكَّدَ مخالفته، فنَفَذَ إعتاقه لمصادفته ملكه، ولا ينفذ إعتاق الآمِرِ، كذا في «النهاية».

(**ولا يَعقِدُ الوكيلُ مع مَن لا تُقبل له شهادتُه**) كأصوله، وفروعه، وزوجته، وعبده، ومكاتبه (**إلا أن يبيعَه بأكثرَ من القيمةِ**) فيجوز.

وعندهما: يجوز بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه، فإن عَقَدَ الوكيل مع عَبده ومكاتبه غيرُ جائز اتفاقاً. هذا إذا لم يَقُل الموكلُ له: بِعْ ممن شِئْتَ. ولو قال، يجوز بيعه لهم اتفاقاً.

لهما: أن أَملاكَهم غيرُ مِلكِ الوكيلِ، ومَنَافِعَهم غيرُ منفعته، والتهمةُ مُرتَفِعَة بكون البيعِ بمثلِ القيمةِ، فيجوز مُعَاملته مع هؤلاء، بخلاف عبده؛ لأن ما في يده ملكه ومكاتبه؛ لأن له[٢] في أكسابه حقّاً، وبالعجزِ تكون له[٣] حقيقةً، فمعاملته[٤] معهما يكون معاملةً مع نفسه من وجهٍ فلا يجوز.

ولأبي حنيفة: أن المعاملةَ مع هؤلاء لا تعْرى عن التهمةِ، ولذا لا تُقْبَلُ شهادته لهم، والمنَافِعُ بينهم متصلةٌ عُرفاً، فكان البيعُ منهم بَيْعاً من نفسه من وجه.

---

(١) يعني ينفذ في تلك الحال إعتاق الوكيل دون الموكل عنده.

(٢) مولى.

(٣) مولى.

(٤) وكيل.

(**وليس لأحدِ الوكيلَيْنِ أن يتصرَّفَ دون رفيقِه**) وإن[١] كان الآخَرُ عبداً، أو صبياً مَحْجُوراً عليه؛ لأنه يُحَتاجُ فيه إلى الرأي، والموكلُ إنما رضي برأيهما، فلا يَنفذ برأي أحدِهما. وكذا لو قَدَّرَ الموكلُ في البيع لهما ثمناً؛ لأن رأيَهما لا بد منه في اختيار المعامِلِ.

وفي «التبيين»: هذا إذا وكلهما بكلامٍ واحدٍ. وإن وكلهما بكلامَيْنِ جاز تَفَرُّدُ أحدِهما؛ لأنه رضي برأي كل منهما على الانفراد وقتَ توكيله، بخلاف الوصيين حيث لا يجوز تَفَرُّدُ أحدِهما وإن[٢] جُعِلَا وصيين بكلامين في الأصح؛ لأن وجوبَ الوصيةِ بالموت، وعند الموت صارا وصيين جملةً واحدةً.

(**وإلا في الخصومةِ، والطلاقِ، والعتاقِ بغير عوضٍ فيهما، وردِّ الوديعةِ، وقضاءِ الديون**)؛ لأن اجتماعَ الرأي لا تأثيرَ له في ذلك[٣].

قيد بقوله: «بغير عوض»؛ لأنه لو كان بعوضٍ لا يجوز الانفرادُ فيهما.

وقال زفر: لا يجوز الانفراد في الخُصُومَةِ؛ لأنه إنما رضي باجتماعهما فيها لا بانفرادِ أحدهما.

ولنا: أن شُرُوعَهما في الجواب يكون شَغْباً[٤] عند القاضي، فينفردُ أحدُهما في الجوابِ.

(**وليس للوكيل أن يُوَكِّلَ**) فيما وُكِّلَ فيه؛ لأنه إنما رضي برأيه دون رأي غيره (**إلا بإذن الموكِّل**) في التوكيل، لكنَّ الوكيلَ بِقَبْضِ الدَّيْنِ إذا وكل من في عِيَاله صحَّ، حتى لو قَبَضَ، فهَلَكَ في يده لا يَضْمَنُ، كذا في «الجامع البرهاني».

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

(٣) أي في المذكور.

(٤) الشغب بالتسكين تهييج الشر، كذا في «الصحاح».

(**أو يقول**) الموكل له[1] (**اعْمَلْ برأيك**) فقد فوَّض إليه الأمرَ مطلقاً ورضي بذلك.

(**فإن وكَّل بإذنه: فهو وكيلُ الموكِّل**) أي إن وكل الوكيلُ آخَرَ بإذن الموكل أو التفويضِ يكون الثاني وكيلاً عن الموكل، حتى لا يملك الأولُ عَزلَه، ولا يَنْعَزِل بموته. وهو نظيرُ استخلافِ القاضي حيث لا يملكه إلا بإذن الخليفة، ثم لا يَنعزل بعزل القاضي، ولا بموته، وإنما يَنعَزِل بعَزل الخليفة.

(**وإن وكَّله بغير إذنه، فعَقَدَ**) الوكيلُ (**الثاني بحضرةِ**) الوكيلِ (**الأولِ، أو غَيْبَتِه**) أي أو عَقَدَ الوكيلُ الثاني بغيبة الوكيلِ الأولِ (**فأجاز**) الوكيلُ الأولُ (**جاز**). فكذا لو عَقَدَ أجنبيٌّ، فأجازه الأولُ؛ لأن مَقْصُودَ الموكل حُضُورُ رأيه قد حَصَلَ. وحقوقُ العَقدِ تتعلق بالوكيلِ الأولِ، أو الثاني، ففيه خلافُ المتأخرين.

وفي «الجامع»: هذا[2] إذا لم يبين الثمنَ، فإن كان بينه جاز بلا إجازته.

وفي «المنتقى»: وكيلُ النكاحِ، والخُلعِ، والكتابةِ كوكيل البيعِ، بخلاف الطلاقِ، فإنه لو وكَّل رجلاً بأن يُطلِّقَ امرأته، فطلَّقها رجل آخَرُ بحضرة الوكيل، أو كان غائباً، فأجاز لا يجوز؛ لأن الطلاقَ يتعلق بالشرطِ، فكأنَّ الموكلَ عَلقه بلفظ الأولِ دون الثاني.

قيد بقوله: «فعقد»؛ لأنه لو وكله بخصومةٍ، أو تَقَاضِي دَيْنٍ، ففَعَلَ الثاني بحضرة الأولِ لا يجوز.

وقال زفر: إن عَقَدَ الثاني الذي لم يُوجَدْ إذنٌ في توكيله بحضرة الأولِ لا يجوز؛ لأن وَكَالَةَ الثاني غيرُ صحيحةٍ.

---

(١) وكيل.

(٢) أي الجواز مع الإجارة.

ولنا: أنه إذا حَضَرَ عَقْدَ الثاني ولم يَـمْنَعْه وُجِدَ رأيه فيه، وكان ذلك هو المقصودَ للموكل، فيجوزُ.

(وللموكِّل عَزْلُ وكيلِه) ما لم يتعلق بها حَقُّ الغَير، كالوكالة بالخصومة إذا ثبت[١] من المطلوب[٢] بطلب المدعي، فلا يملك عَزلَه لما فيه من إبطال حقِّ الغيرِ[٣].

قيدنا بـ«الطلب»؛ لأنه لو وكله بلا طلب يملك الموكلُ عزله، سواء كان الخصمُ حاضراً أو غائباً.

وقيدنا بـ«كون الوكيل من المطلوب»؛ لأنه لو وكله الطالبُ فله عَزله عند غيبة المطلوبِ، وكالوكالة التي تَضَمَّنَها عَقْدُ الرَّهْنِ[٤]، وما قاله بعضُ المشايخ من أن الزوجَ إذا وكل وكيلاً بطلاقِ زوجته بالتماسها، ثم غاب لا يملك عَزله لتعلق حقها به، فضعيف، بل له عَزله؛ لأن المرأةَ لا حَق لها في الطلاق، كذا في «النهاية».

(ويَتوقفُ) عزلُ الوكيل (على عِلْمِه) وهو على وكالته ما لم يَعْلَمْ عَزلَه.

وقال الشافعي: لا يشترط علمه، بل يَنعَزل بدونه، كما لو باع الموكلُ ما وكَّله ببيعه يَنعَزل وإن[٥] لم يَعْلَمْ.

ولنا: أن العَزْلَ نَـهْيٌ، فلا يَثبت حُكمه بدون العِلم كالنَّهْيِ الشرعي، بخلاف عزله ببيع الموكل؛ لأن العَزلَ فيه ضِمْنِيٌّ.

---

(١) وكالة.

(٢) مدعى عليه. بأن يزيد أن يسافر ولم يتفقا على المرافقة.

(٣) وهو المدعي.

(٤) بأن وكل الراهن رجلًا حين عقد الرهن ببيع الرهن إذا حل الأجل، قم لا يملك عزله لما فيه من إبطال حق المرتهن.

(٥) وصل.

اعلم أن هذا شَرْطٌ في عَزل الوكيل. وأما الرسولُ، فيَنْعَزِلُ بعَزل الْمُرسِلِ قبل العِلم به؛ لأن الرسولَ مُبَلِّغٌ عبارةَ الْمُرْسِلِ، فيكون عَزله رجوعاً عن الإيجاب له ذلك قبل قبول الآخَرِ. وكذلك لو عَزَلَ الوكيلُ نفسَه لا يَنْعَزِلُ بدون عِلم الموكل؛ لأنه عَقْدٌ تَمَّ بهما[١]، وقد تعلق به حقُّ كل واحد منهما، ففي إبطاله بدون عِلم أحدِهما إضرار به.

وفي «منية المفتي»: وَكَّل غائباً، فبلغه، فرَدَّ، فلم يَعلم الموكلُ بالرد، حتى قبِل يجب أن يصح، كالوصي إذا ردَّ، فلم يَعلم الموصى به، حتى مات، ثم قبِل صح. ويجوز أن يُعتبرَ ردُّ الوكيل دون الوصي، والظاهرُ هو التسوية.

(وتبطلُ الوكالةِ بموتِ أحدِهما) أما بموت الموكل فلأن عَقدَ الوكالةِ غيرُ لازم، فالتوكيلُ في كل سَاعَةٍ ثابتٌ تقديراً، أو ابتداءُ التوكيلِ من الميت ممتنع، فكذا بقاؤُه.

وأما بموت الوكيل، فظاهر، بخلاف موتِ الخليفةِ، فإن القاضي لا يَنْعَزِلُ به؛ لأنه غيرُ مَنْصُوبٍ لمصلحة الخليفةِ كالموكل به لمصلحةِ المسلمين.

(وجنونِه) أي وبجنونِ أحدِهما **(جنوناً مُطْبِقاً)** أي مُستَوْعِباً.

وحده: شَهْرٌ عند أبي يوسف؛ لأن وجوب رمضان، إنما يَسقط به. وعنه أكثرُ من يومٍ وليلةٍ؛ لأن الصلواتِ الخمسَ تَسقط به.

وعند محمد: حولٌ كاملٌ، وهو الصحيحُ؛ لأن استمرارَه[٢] حولًا مع اختلافِ[٣] فصوله[٤] آية[٥] استحكامِه وإلحاقِه بالميت.

---

(١) أي بالوكيل والموكل.

(٢) جنون.

(٣) هي الصيف والشتاء والخريف والربيع.

(٤) لأن فيها من حرارة الهواء، وبرودته، ويبسه، ورطوبته، فإذا لم يزل فيها، فالظاهر دوامه.

(٥) علامة.

ولو جُنَّ يوماً، ويُفِيقُ يوماً لا تبطل[١]؛ لأنه في معنى الإغماءِ، لأنه عجز يحتمل الزوالَ كالعجزِ بالنومِ والإغماءِ.

اعلم أن الوكالة إذا كانت لازمةً لا تَبطل بهذه العَوَارض، لما إذا جَعَل أمر امرأته بيدها، فإنه قد ملكها التصرفَ، فصار كتمليك العينِ.

(ولحَاقِهِ) أي لحاق أحدهما **(مرتدّاً بدار الحرب)** والعياذ بالله تعالى؛ لأن أهلَ الحربِ أمواتٌ في أَحكام الإسلامِ، وباللحاق صار منهم.

وقالا: إن حُكِمَ بلحاق الموكل يبطل، وإلا فلا؛ لأن لحاقَه إنما يثبت بقضاء القاضي.

وفي «الاختيار»: ولو لَحِقَ الموكلُ، أو الوكيلُ بدار الحرب مرتدّاً، ثم عاد لا تعود الوكالةُ للحكم ببطلانها.

وقال محمد: يعود كالمريضِ إذا بَرَأ، والمجنون إذا أَفَاقَ.

(وإذا عجز المكاتَبُ، أو حُجِرَ المأذونُ، أو افترق الشَّرِيكَانِ) بعد توكيلهم رجلاً **(بَطَلَ توكيلُهم وإن[٢] لم يَعْلَمْ به الوكيلُ)** «إن» هذه للوصل، والضمير في «به» عائد إلى كل واحد من العَجزِ، والحَجرِ، والافتراقِ؛ لأن هذا العَزلَ حُكْمِيٌّ[٣]، فلا يشترط فيه العلمُ.

أما بُطلانها في المكاتبِ والمأذونِ، فلأنهما خَرَجَا عن أهلية الإذن، وهي كانت شرطاً في ابتداء التوكيل، فكذا في بقائه.

---

(١) أي الوكالة.

(٢) وصل.

(٣) لا قصدي.

وأما في الشريكين، فلأن كل واحد من الشريكين وكيل عن الآخَرِ، فإذا انْفَسَخَتِ الشِّرْكَةُ بَطَلَ ما في ضمنها من الوكالة، فينعزل كلٌّ منهما، وكلُّ مَنْ وَكَّلاَ في التصرف في مال الشركةِ.

فإن قلت: كيف يصح توكيلُ أحدِ الشريكين ولا[١] يصح توكيلُ الوكيلِ إلا بإذن الموكل، ولم يوجد؟

قلتُ: ما قلتَ[٢] في الوكالة القصدية. وأما في الوكالةِ الثابتةِ في ضِمنِ الشركةِ، فيصح توكيلُ الوكيلِ بدون إذن الموكل، كذا في «الكفاية». هذا إذا لم تكن الوكالةُ مُصَرَّحاً عند عقد الشركة؛ إذ لو صَرَّحَا بها بالإذنِ في التوكيلِ لا تبطل الوكالةُ، فلا ينعزل بدون عِلمِه.

اعلم أن وكيلَ المكاتبِ والمأذونِ إنما يَنْعَزِلُ في العقودِ والخصوماتِ. وأما في قضاءِ الدَّيْنِ واقتضائه، فلا يَنْعَزِلُ؛ لأنهما إنما خَرَجَا بالعَجزِ والحَجرِ عن إنشاءِ التصرفِ لا عن قضاءِ الدينِ واقتضائه، وكذا وكيلهما. ثم المكاتبُ لو كوتب بعد ذلك، أو أُذِنَ الْمَحْجُورُ لم تَعُد الوكالةُ؛ لأن صحتها باعتبار ملك الموكل التصرفَ عند التوكيل، وقد زال ذلك، ولم تَعُد بالكتابةِ الثانيةِ، أو الإذنِ الثانِـي. ولو عَزَلَ المولى وكيلَ مأذونه لا يَنْعَزِلُ؛ لأن ذلك حَجْرٌ خاصٌّ، فلا يُعْتَبَرُ مع بقاء الإذن العام.

وفي «الاختيار»: ولو وكله، وقال: كلما عَزَلْتُكَ، فأنت وَكِـيلِي[٣]، صحَّ، ويكون[٤] لازماً. وطريق عزله أن يقول له: عزلتُك كلما وكلتُك. وقيل: لا ينعزل

---

(١) حال.

(٢) وهو قوله: لا يصح توكيل الوكيل إلا بإذن الموكل.

(٣) وقد يقال له: الوكيل الدوري.

(٤) وكالة.

بذلك؛ لأن العزل عن الوكالة المعلَّقة لا يصح، والأصحُّ أن يقول: رجعتُ عن الوكالة المعلَّقة، وعزلتُك عن الوكالة المنجَّزة.

(وإذا تصرَّف الموكِّلُ فيما وَكَّلَ به) تصرفاً يَعجِزُ الوكيلُ عن الامتثال به، كما إذا أَمَرَه ببيع عبدِه، ثم باعه بنفسه (بَطَلَتِ الوكالةُ) لفوات المحل.

ولو باعاه معاً قال محمد: هو للمشتري من الموكِّل؛ لأنه باع ملكه، فكان أولى.

وعند أبي يوسف: هو بينهما؛ لأن بيع الوكيل مثلُ بيع الموكِّل. ألا يرى أنه لو تقدَّم بطل بيعُ الموكِّل، وإذا استويا كان بينهما لعدم الأولية، كذا في «الاختيار».

وإن لم يَعْجِزْ عن الامتثال به، كما إذا وكل بطلاقِ امرأتِه، وطلَّقها[1] واحدة، ولم تنقض عدتها، فللوكيل أن يطلِّقها أخرى لبقاء المحلِّ. ولو وكَّله بتزويج امرأةٍ، فتزوجها[2] بنفسه، ثم طلَّقها ليس للوكيل أن يزوِّجه[3] إياها؛ لأن الحاجةَ قد انقضت.

(والوكيلُ بقبضِ الدَّيْنِ: وكيلٌ بالخصومةِ فيه) أي في الدين كالوكيل برد الغصب.

وقالا: لا يكون وكيلاً بها.

(و) الوكيلُ (بقبضِ العينِ: لا يكون وكيلاً بالخصومةِ) اتفاقاً.

قيد بـ«القبض»؛ لأن الوكيلَ بالردِّ بالعيبِ، وبالقسمةِ، وبأخذ الشفعة وكيل بالخصومة اتفاقاً، كذا في «الكافي».

---

(١) موكل.

(٢) موكل.

(٣) موكل.

لهما: أن القبضَ غيرُ الخصومةِ، فلم يكن الرضاءُ به رضاءً بها، فلا يكونُ خصماً كالوكيل بقَبضِ الوديعةِ.

اعلم أن الخلافَ فيما إذا وَكل الدائنُ. أما إذا وكله القاضي بقبضِ دَينِ الغائب لا يكون وكيلاً بالخصومةِ اتفاقاً، كذا في «الخانية».

ولأبي حنيفة: أن قبضَ الدَّيْنِ حقيقةً غَيرُ متصورة، وإنما يُقْضَى بمثله[1]؛ لأن المقبوضَ بَدَلُ حقه لا عَينُه، كما لو كان لزيد على عمرو ألفاً، فقَضَى عمرو الألفَ إلى زيد، فكأنه صار لعمر على زيد ألفاً، وقد كان لزيد ألفاً على عمرو، فتَقَاصَّا الألفَ بالألفِ، فكان التوكيلُ بقبض الدينِ توكيلاً بتملك بدله بطريق المعاوضة، ولا يتمكن من ذلك إلا بإثبات الخصومةِ، فصار كالوكيل بالقسمةِ، وبقبض الشفعة، والرجوع في الهبةِ، فإن لهم أن يُخَاصِمُوا ويَقْبِضُوا.

وفي «الاختيار»: وثمرتُه[2] إذا أقام الخصمُ البينةَ على استيفاء الموكِّل أو إبرائِه تُقْبَلُ عنده، خلافاً لهما. أما عدم قبولها في العين، لأنها أمانةٌ في يد المطلوبِ. ولو أقام البينةَ أن الموكِّل باعه إياها سُـمِعَت في مَنْعِ الوكيل من القبض دون البيع؛ لأن الوكيلَ ليس بخصم إلا أنها تَضَمَّنَتْ إسقاطَ حقِّه من القَبْضِ، فيُقْتَصَرُ عليه. ونظيره: لو وكله بنقل زوجتِه، أو عبدِه، فأقاما البينةَ على العتقِ والطلاقِ سُـمِعَت في قصر يده[3] عنهما، ولا يثبت العتقُ، ولا الطلاقُ، لما قلنا.

(والوكيلُ بالخصومةِ وكيلٌ بالقبضِ)؛ لأن تمامَ الخصومةِ به، والمالك للشيء مالك لتمامه، (خلافاً لزفر)، فإنه عنده لا يكون وكيلاً بالقبض؛ لأن الخصومةَ غيرُ

---

(١) هذا معنى قولهم: تقضى الديون بأمثالها.

(٢) خلاف.

(٣) وكيل.

القبضِ (**والفتوى على قوله**) لظهور الخيانة في الوُكلاء، وقد يُؤْتَـمَنُ على الخصومةِ مَن لا يُؤْتَـمَنُ على القبضِ.

وفي «الفتاوى الصغرى»: لو قال: وكلتك بالخصومةِ في كل حق لي قِبَلَ أهل بلدةٍ كذا يكون وكيلاً بها في حق الموجودِ، وفيما يَحدث بعد التوكيل. ولو قال: قِبَلَ فلان يكون وكيلاً في الموجودِ فقط. والوكيلُ بالتقاضي[١] يَملك القَبْضَ بالإجماع؛ لأنه لا فائدةَ للتَّـقَاضِي بدون القَبْضِ.

(**ولو أقرَّ**) الوكيلُ بالخصومةِ (**على موكِّله عند القاضي: نَفَذَ**) إقراره.

وقال زفر: لا يَنْفُذُ؛ لأنه مَأمور بالخصومةِ لا بالإقرار.

ولنا: أن حقيقةَ الخصومةِ مهجورةٌ[٢] شرعاً، فتُحْمَلُ على الجواب إقراراً كان أو إنكاراً عملاً بعموم المجازِ، والموكلُ كان مالكاً لِكِلاَ الجوابَيْنِ، فكذا نَائِبُهُ.

(**وإلا: فلا**) أي وإن لم يُقِرَّ الوكيلُ عند القاضي، بل أقر عند غيره لا يَنْفُذُ إقراره.

وعند أبي يوسف: يَنْفُذُ إقراره مطلقاً[٣].

له: أن إقرارَ الموكل كان نافذاً على نفسه أين ما كان، فكذا إقرارُ نائبِهِ.

ولهما: أنه مأمورٌ بالجوابِ عنه[٤] عند دعوى الخصمِ في مجلس القاضي بدلالة العُرفِ، فلا يَنْفُذُ في غيره؛ لأنه غَيْرُ مأمورٍ به، إلا أنه يَبطُلُ وكالتُه؛ لأن إقرارَه تَضَمَّنَ إبطالَ حقِّ الموكل، فلا يَـملكه، وإبطالَ حقه[٥] في الخصومةِ، فإنه يَـملكه، فبَطَلَ.

---

(١) طلب.

(٢) أي متروكة.

(٣) أي سواء كان عند القاضي أو عند غيره.

(٤) موكل.

(٥) وكيل.

وفي «الاختيار»: والأبُ والوصيُّ لا يصح إقرارُهما على الصغير بالإجماع، لأنه لا يصح إقرارُ الصغير فكذا نَائِبُهُ، ولأن ولايتهما نظريةٌ، ولا نَظَرَ فيه.

وذكر محمد في «الزيادات»: لو وكله على ألا يُقِرَّ جاز من غير فصل[1]. وروى ابنُ سماعة عن محمد: أنه يجوز إن كان[2] طالباً، لأنه لا يُجْبَرُ على الخصومة، فيوكِّلُ بما شاء، وإن كان مطلوباً لا يجوز؛ لأنه يُجْبَرُ على الخصومةِ، فلا يوكل بما فيه إضرارٌ بالطالب.

(ادعى) رجل (**أنه وكيلُ الغائبِ في قَبْضِ دَيْنِهِ، فصدَّقه الغريمُ: أُمِرَ بدفعه إليه**) أي أَمَرَه الحاكمُ بدفع الدَّيْنِ إليه؛ لأنه إقرارٌ على نفسه.

(**فإن جاء الغائبُ: وإن صدَّقه**) أي الوكيلَ، فلا كلامَ فيه (**وإلا**) أي إن لم يصدِّقه (**دَفَعَ إليه**) أي دَفَعَ الغريمُ إلى الغائبِ (**ثانياً، ورَجَعَ**) الغريمُ بما دَفَعَه (**على الوكيل إن كان**) المدفوعُ قائماً (**في يده**)؛ لأن غَرَضَ الغريمِ من الدفعِ إلى الوكيل أن يَبْرَأَ ذمتُه من دين الغائبِ ولم يَحْصُلْ.

(**وإن هلك**) المدفوعُ في يد الوكيل بلا تَعَدٍّ منه (**لا يَرْجِعُ**) الغريمُ عليه بشيء؛ لأنه بتصديقه كان معترِفاً بأن قَبَضَه حق، فلا يَرْجِعُ عليه بَعْدَ زواله (**إلا أن يكون**) الغريمُ (**دَفَعَه إليه، ولم يُصَدِّقْهُ**) في الوكالة، ودَفَعَ إليه على ادعائه الوكالة. هذا مُتَنَاوِلٌ لصورتي السكوتِ والتكذيبِ، فحينئذ رَجَعَ الغريمُ على الوكيلِ؛ لأنه لم يُصَدِّقْه في الوكالة، وإنما دَفَعَه إليه على رجاء أن يُجِيزَ الغائبُ، فلما حَضَرَ، ولم يُجِز انقطع رجاؤه، فيَرْجع (**أو ضَمِنَه عند الدفع**).

ذُكِرَ في «الجامع البزدوي»: معنى التضمين أن يُصَدِّقَ الغريمُ الوكيلَ، وقال: لا

---

(١) بأنه إن كان الموكل طالباً يجوز وإن كان مطلوباً فلا يجوز.

(٢) موكل.

آمَنُ أن يَحْضُرَ الغائبُ، فيُنْكِرَ، ويَحْلِفَ، فيُضَمِّنَني، فإذا فَعَلَ ذلك صار غاصباً، فهل أنت كفيل عنه لما يجب عليه، فيَكْفُلُ يَملك الرجوعَ بذلك على الوكيل؛ لأن المأخوذَ ثانياً مضمون على الوكيل في زعمهما، فيُضمِّنه. وكذلك إن أعطاه مع تكذيبه إياه.

وفي جميع هذه الوجوه ليس للدافع استردادُ ما دَفَعَ ما لم يَحْضُرِ الغائبُ؛ لأنه صار حقّاً للغائب قَطْعاً أو مُحْتَمَلاً.

(وإن ادعى أنه وكيلُه) أي وكيلُ الغائبِ **(في قَبضِ الوديعةِ)** التي كانت في يد الحاضر **(لم يُؤْمَرْ بالدفع إليه)** أي لم يؤمر المودَعُ بدفع الوديعةِ إلى الوكيل **(وإن[1] صدَّقه)** في أنه وكيل بقبضها. «إن» هذه للوصل؛ لأن ذلك إقرار بمال الغير، فلا يُعْتَبَرُ، بخلاف الدين، لأنه كان خالص ماله، ولو دَفَعَها ضَمِنَ. وإذا لم يؤمر بالتسليم، حتى ضاع في يده.

قيل: لا يَضْمَنُ، وكان ينبغي أن يَضْمَنَ؛ لأن المنعَ مِن وكيل المودِع في زَعمه، كالمنع من المودِع، والمنعُ منه موجِب للضمان، فكذا من وكيله.

ذكره في «الفصول»: ولو سلَّم مع هذا، ثم أراد الاستردادَ ذَكَرَ شيخُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: أنه لا يملكه، لأنه سَاعٍ في نَقضِ ما أوجبه.

(ولو قال) المدعِي: **(مات المودِعُ، وتَرَكَها ميراثاً له، وصدَّقه)** المودَع: **(أُمِرَ بالدفع إليه)**؛ لأنه لما صدَّقه على الموتِ، فقد انتقل ماله إلى وارثه، فإذا صدَّقه أنه الوارثُ لا وَارِثَ له غَيْرُه تَعَيَّنَ مالكاً، فيؤمر بالدفع إليه.

(ولو ادعى الشراءَ) من المودِع **(وصدَّقه)** المودَعُ **(لم يَدْفَعْها إليه)**؛ لأنه مهما[2] كان حيّاً، فملكه باقٍ، فلا يصدِّقَانِ[3] عليه في انتقاله بالبيع، ولا بغيره.

---

(١) وصل.

(٢) وقت.

(٣) أي لا يصدقان المدعِي ولا المودَع على المودِع.

كتاب الكفالة

(وهي) أي الكفالةُ[١] في اللغة: مطلق الضم[٢]، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[٣] أي ضمها إلى نفسه.

وفي الشرع: (ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ) أي ذمة الكفيل (إلى) ذمة الأصيل (في المطالبةِ) أي مُطالبةِ الدَّينِ، لا في الدين، كما قاله بعض المشايخ من أنها ضم الذمة إلى الذمة في الدين؛ لأن مطالبةَ الدين فَرعٌ بثبوته، ولا يتصورُ الفرعُ بدون الأصل. واستدلوا عليه بأحكام، وهي أن الطالبَ لو وَهَبَ الدينَ من الكفيل، أو اشترى به شيئاً منه صَحَّ، ولو لم يكن الكفيلُ مديوناً لما جاز ذلك، والأصحُّ ما ذُكِرَ في المتن؛ لأن وجوب المطالبة بدين على غيره موجود كالوكيل بالشراء، فإنه يطالَب بدَين على الموكل، وجَعْلُ الدَّين الواحدِ دَيْنَيْنِ قَلْبٌ للحقيقة[٤]، فلا يُصَارُ إليه، وفيما ذكروه من الأحكام جَعْلُ الدين، كدَيْنَيْنِ، لضرورة تصحيح التصرف، فلا حاجة في غيرها إليه، وأصلُ المطالبةِ فرع لأصل الدين. وأما استحقاقها، فليس بفرع، بل ينفصل عنه، كما أن البناءَ لا يتصور انفصاله عن العَرصة، ويتصور استحقاقاً.

(ولا تصحُّ) الكفالةُ (إلا ممن يملك التبرعَ)؛ لأنه عَقدُ تبرعٍ ابتداءً، فلا تصح من الصبيِّ والعبدِ؛ لأنهما لا يملكان التبرعَ لعدم أهليته.

---

(١) أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة.

(٢) قال رسول الله ﷺ: «وكافل اليتيم في الجنة» أي الذي يضمه إليه في التربية.

(٣) سورة آل عمران: ٣٧.

(٤) لأن الحقيقة أن يكون الدين الواحد ديناً واحداً.

(وتجوزُ) الكفالةُ (بالنفسِ، والمالِ) وقال الشافعي: لا تجوز بالنفسِ؛ إذ ليس للكفيل ولايةٌ على غيره، حتى يُسَلِّمه، بخلاف الكفالةِ على المالِ؛ لأن له ولايةً على مال نفسه.

ولنا: ما رُوِي أن أمَّ كُلثُوم رضي الله عنها ضَمِنَت على نَفْسِ عليّ حين خاصم معه عُمَرُ والصحابةُ رضي الله عنهم أجازوها، وتسليمُ المكفولِ به مقدور له بأن يُعلِم الطالبَ مكانَه، فيُخَلِّيَ بينه وبينه، أو بأن يَستَعِينَ بأعوان القاضي.

وفي «الجامع الصغير»: لو كفل بنفس عبدٍ، فمات[1] إن كان[2] هو المدعَى عليه بَرِئَ الكفيلُ وإن كان[3] هو المدعَى به ضَمِنَ قيمتَه.

(وتَنعقدُ) الكفالةُ (بالنفسِ بقوله: تكفَّلتُ بنفسه، أو برقبته، أو بكل عضوٍ يُعَبَّر به عن البدن) كالروحِ، والوجهِ، والجسدِ، والرأسِ، وأمثالها.

قيد به[4]؛ لأنه لو قال: تكفَّلتُ بيده، أو رجله لا تصح؛ لأنه لا يُعَبَّر بها عن النفس.

(وبالجزءِ الشائعِ، كالخُمسِ، والعُشْرِ) والثلثِ والربعِ؛ لأن الكفالةَ لا تتجزأ، فذِكرُ الجزءِ الشائعِ منها كذكر كلها.

(وبقولِه: ضمنتُه)؛ لأنه صريح في الكفالة (أو هو عليَّ) أي بقوله هو عليَّ؛ لأن صيغَةَ «عليَّ» للإلزام. مات رجل وعليه ديناران، فامتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه. فقال علي رضي الله عنه: هما عليَّ، فصلى عليه.

---

(١) عبد.

(٢) عبد.

(٣) عبد.

(٤) أي بعضو يعبر به عن البدن.

(أو إليّ) أي وبقوله: هو إليَّ؛ لأن «إليَّ» يجيء بمعنى عليَّ.

(وأنا زعيمٌ به، أو قَبِيلٌ) كلاهما بمعنى الكفيل. وكذا قوله: أنا ضمين، أو لك عندي هذا الرجلُ، أو على أن أُوفِيك به، أو أَنْ ألقاك به؛ لأن ذلك يؤدِّي معنى الكفالةِ، كذا في «الاختيار».

(والواجبُ) على الكفيلِ (إحضارُه، وتسليمُه) أي المكفولِ به (في مكانٍ يَقْدِرُ) المكفولُ له (على مُحَاكَمَتِه) ليُفِيدَ تَسليمُه، كما إذا سلَّمه في المصر.

(فإذا فَعَلَ ذلك) يعني التسليمَ (بَرِئَ) الكفيلُ من الكفالة، سواء قَبِلَه الطالبُ أو لا؛ لأنه أتى بما التزمه.

وفي «التبيين»: إن سلمه بغير طَلَبِ المكفولِ له لا يَبْرَأُ، حتى يقول: سلَّمتُه إليك بجهة الكفالةِ، وإن سلَّمه بعد طلبه بَرِئَ وإن[1] لم يَقُل كذا. وكذا يبرأ إذا دَفَعَ المكفولُ به نفسَه إلى الطالبِ، أو سلَّمه فضولي للكفيل، فَقَبِلَه الطالبُ منه. ولو لم يَقبله لا يُجْبَرُ على القبول.

وفي «الاختيار»: وكذا إذا سلمه وكيله، أو رسوله لقيامهما مقامه[2]. ولو سلَّمه في برية لا يبرأ لعدم الفائدة، فإنه لا يَقدِر على محاكمته، وكذلك في السواد[3]؛ لأنه لا حاكم بها. ولو سلَّمه في المصر، أو في السوق بَرِئَ لقدرته عليه بأعوَان القاضي والمسلمين.

وقيل: لا يَبْرَأُ في زماننا لمعاونتهم على مَنْعِه منه عادةً.

---

(١) وصل.

(٢) كفيل.

(٣) قرية.

(ولو سلَّمه في مصرٍ آخر) غير المصر الذي سماه لتسليمه (بَرِئَ) الكفيلُ.

وقالا: لا يبرأ، لأنه لم يأتِ بما التزمه، وهذا القَيدُ مفِيد لاحتمال أن يكونَ شهوده فيه.

ولأبي حنيفة: أن المعتبر تسليمه على وجه، يتمكن من مخاصمته، وقد حَصَلَ، والاحتمالُ مَوهُوم غيرُ معتَبَرٍ، فبقي التسليمُ سالماً عن المعارِضِ. ولو سلَّمه في السِّجْنِ، وقد حَبَسَه غيرُ الطالب لا يَبْرَأُ، لأنه لا يَتمكن من إحضاره مَجلِسَ الحكمِ.

وفي «المحيط»: هذا إذا كان السجن سجنَ قاضٍ آخَرَ في بلدٍ آخَرَ. أما لو كان سجنَ هذا القاضي، أو سجنَ أميرِ البلدِ في هذا المصر يبرأ وإن[1] كان قد حَبَسَه غيرُ الطالبِ؛ لأن سِجنَه في يده، فيَتَخَلَّى سبيلَه، حتى يُجِيبَ خصمَه، ثم يُعِيده إلى السجن.

(فإن شَرَطَ) الكفيلُ (تسليمَه) أي تسليمَ المكفولِ به (في وقتٍ بعينه: لَزِمَه إحضارُه فيه إذا طَلَبَ) المكفولُ له (منه) أي من الكفيل في ذلك الوقت؛ لأنه التزم كذلك.

ولو دَفَعَه قبل ذلك الوقتِ بَرِئَ وإن[2] لم يَقبله المكفولُ له.

ولو كَفَلَ إلى شهر لم يَبرأ بمضي شهرٍ ما لم يُسَلِّمْ نفسَ الخصمِ إليه، وفائدةُ التأجيل تأخيرُ المطالبةِ.

ولو قال: على أني بريءٌ من الكفالة بعد الشهر يكون بريئاً بعده، كذا في «النوازل».

---

(١) وصل.
(٢) وصل.

(**فإن أَحْضَرَه**) فلا كلام (**وإلا**) أي إن لم يُحْضِره في ذلك الوقت (**حَبَسَه الحاكمُ**) إن ثبت كفالته بالبينة لظهور مَطله بالإنكار، كما كان هكذا في الحبسِ للدَينِ، وإن ثبت بإقراره لا يَحبسه، بل أَمَرَه بالدفع؛ لأن الحَبسَ جَزَاءُ الْمَطلِ، وهو لم يَظهَر من أول الأمر، كذا في «شرح الكنز» للزيلعي.

وفي «الاختيار»: وهذا إذا كان المكفولُ به حاضراً. فلو كان غائباً، وعلم مكانه أَمْهَلَه الحاكمُ مدةَ ذَهابه وإِيَابه، فإذا مضت المدةُ ولم يُحْضِره حَبَسَه لامتناعه من إيفاءِ الحقِّ، وإذا حبسه وثبت عند القاضي عَجزه عن إحضاره خَلَّى سبيلَه، ويُسَلِّمُه إلى الذي حَبَسَه لأجله، فإن شاء لازَمَه، إلا أن يكونَ في ملازمته تفويتَ قوته، وقوتِ عِيَاله، فيأخذ منه كفيلاً بنفسه ويخليه.

(**فإن غاب**) المكفولُ به (**ولم يُعْلَم مكانه لا يطالَب**) الكفيلُ (**به**) لعَجزه عن إحضاره، فصار كالموت، إلا أن في الموت تَبطُلُ الكفالةُ أصلاً للتيقن بالعَجز، وهنا لا تَبطل لاحتمال القدرة بالعِلم بمكانه.

وفي «الذخيرة»: إذا ارتد المكفولُ به ولَحِقَ بدار الحرب يُؤمَرُ الكفيلُ بإحضاره إن لم يَـمْنَعُوه، ولا تَسقط كفالته؛ لأنه إنما اعتُبِرَ ميِّتاً حكماً في قِسمة ماله. وأما في حق نفسه، فهو حيٌّ.

(**وتَبطل**) الكفالةُ (**بموتِ الكفيلِ**) لامتناع التسليم منه (**و**) موتِ (**المكفولِ به**) لعَجْزِهِ عن إحضاره بالضرورة (**دون المكفولِ له**) أي لا يبرأ الكفيلُ بموت المكفولِ له، لقيامِ وصيتِهِ، أو وارثِه مَقامه في طلب حَقه.

(**وإن تَكَـفَّـلَ به**) يعني المديونَ (**إلى شهرٍ، فسلَّمه قبلَ الشهر: برئ**)؛ لأن التأجيلَ حقه، فله إسقاطه.

(**وإن قال**) الكفيلُ للمكفولِ له: (**إن لم أُوافِكَ به**) أي بالمكفول بنفسه (**فعليَّ الألفُ التي عليه، فلم يُوَافِ به: فعليه الألفُ**).

وقال الشافعي: لا تصح هذه الكفالةُ؛ لأنه تعليقُ وجوبِ المالِ بشرطٍ، وهو غيرُ جائزٍ كالبيع.

ولنا: أن هذا التعليقَ ليس في وجوبِ المالِ، وإنما هو في وجوبِ المطالبةِ، كما سَبق بيانه، فتجوز لكونه مُتَعَارَفاً.

(**والكفالةُ**) بالنفس (**باقيةٌ**)؛ لأنها كانت ثابتةً قبل الكفالة بالمال، فلا تَبطل بوجودها؛ إذ لا مُنَافَاةَ بينهما.

وكذا لو كَفَلَهما جملةً في وقتٍ واحدٍ صحَّت، ولاحتمال أن يكونَ عليه حق آخَرُ غيرَ الألفِ.

وفي «شرح الوقاية» لصدر الشريعة: بل إنما يبرأ إذا أدَّى المالَ، لأنه لم يَبق للطالب على المكفول عنه شيء، فلا فائدةَ في الكفالة بالنفس.

وفي «الاختيار»: ولو قال الطالبُ: لا حق لي قِبَلَ المكفولِ به، فعلى الكفيل تَسليمُه لاحتمال أنه وصي، أو وكيل. ولو أخَذَ منه كفيلاً آخَرَ لم يبرأ الأولُ، لعدم المنافاة.

وفي «الفتاوى الصُغرى»: إذا طلب المدعي من المدعَى عليه كفيلاً يُجْبَرُ على إعطائه.

وعن محمد: أنه لا يُجْبَرُ إذا كان معروفاً. وهذا إذا كان المدعَى عليه مقيماً، وإن كان غريباً لا يُجْبَرُ على الكفيل، بل حَقه في اليمين فقط. ولرب الدين طَلَبُ الكفيل من المديونِ وإن[1] كان دَينُه مؤجلًا.

---

(١) وصل.

(**والكفالةُ بالمالِ جائزةٌ**) معلوماً كان المالُ أو مجهولاً، كقوله: تكفلتُ بمالك عليه، أو بما يُدْرِكَك؛ لأن مبناها على التوسعةِ، فيتحمل فيها هذه الجهالةُ اليسيرةُ.

(**إذا كان**) المالُ (**دَيناً صحيحاً**) وهو الذي لا يَسقط عن المديون إلا بأدائه، أو الإبراءِ عنه (**حتى لا تصح**) الكفالةُ (**ببدل الكتابةِ**)؛ لأنه يَسقط بدونهما، وهو[1] عَجْزُ المكاتب عن أدائه، فلا تجوز الكفالةُ به.

(**ومالِ السعايةِ**) كما إذا كان غلام بين رجلين، فأعتق أحدُهما نصيبَه، وهو[2] معسِر، ولزم على العَبدِ السعايةُ لشريكه السَّاكت، فإن تكفل عن مالها رجل لا تجوز.

وقالا: تجوز.

(**والأماناتِ**) كالودائعِ، والمستأجَرِ، والمستعَارِ، وأمثالِـها؛ لأنها غيرُ مضمونةٍ، والكفالة[3] عَقْدُ ضمانٍ.

وفي «التحفة»: الكفالةُ بأماناتٍ غيرِ واجبةِ التسليمِ كالودائعِ، ومالِ المضاربةِ، والشركةِ لا تصح أصلاً. والكفالةُ بأمانةٍ واجبةِ التسليمِ كالعارية جائزةٌ، وعلى الكفيلِ تسليمُها، فإن هلك لا يجب شيء.

(**والحدودِ، والقصاصِ**) يعني لو طلب مدعِي القصاصِ أو الحدودِ من القاضي أن يأخذَ كفيلاً لنفس المدعَى عليه، حتى يُحْضِرَ بينةً، فالقاضي لا يُجْبِره على إعطاء الكفيلِ.

وقالا: يُجْبرُ على إعطائه في القصاصِ وحدِّ القذفِ[4].

---

(١) سقوط.

(٢) حال.

(٣) حال.

(٤) قال الإمام التمرتاشي: جواز الجبر عندهما له غير مختص بالقصاص وحد القذف، بل يجبر في حد =

أما في الجراحة خطأ، والقتل خطأ يُجْبِرُ على إعطاء الكفيلِ؛ لأن موجَبَه المالُ، وفي التعزير يجوز للقاضي أن يطلب منه الكفيل؛ لأنه من حقوق العباد، ولا يُسقِطها الشبهاتُ، كذا في «الإيضاح».

لهما: أن كلًّا من القصاص، وحَدِّ القذف حقُّ العبدِ، فيُجْبَـرُ فيه على إعطاء الكفيل، كسائر حقوقِ العبدِ، بخلاف سائر الحدود؛ لأنها خالصةٌ لله تعالى، وهو مُسْتَغْنٍ عن التوثقِ.

ولأبي حنيفة: أن مَبْنَى الحدودِ كلها على الدرءِ[١] بالشبهةِ، فلا يُجْبَـرُ على استيثاقها بالكفالة.

اعلم أن المرادَ بالجَبْرِ هنا هو الأَمْرُ بملازمته لا الجبرُ بالحَبْسِ وغيرِه، كذا في «التبيين».

(والمكفولُ له إن شاء طَلَبَ الكفيلَ) بالمالِ[٢] (وإن شاء) طَلَبَ (الأصيلَ) وله مطالبتهما جميعاً. ولا يَبْـرَأُ الآخَرُ بطلبه[٣] من أحدِهما، ليتحقق معنى الضمِّ، بخلاف الغصبِ إذا اختار المالكُ تضمينَ أحدِ الغاصبَيْنِ ليس له مطالبةُ الآخَرِ؛ لأنه لما اختارَ تضمينَه، فقد ملكه العينَ، فليس له أن يملكها للآخَرِ.

(فإن شَرَطَ) المكفولُ له (عدمَ مطالبتِه الأصيلَ: فهي حوالةٌ) لوجود معناها (كما إذا شَرَطَ) المحتالُ (في الحوالةِ مطالبةَ المحيلِ[٤]: تكون) الحوالةُ (كفالةً) لوجود معنى الكفالة، والعبرةُ للمعاني دونَ الألفاظِ.

= السرقة أيضاً؛ لأن الدعوى شرط فيه، كما هو شرط فيهما، فالمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين شهوده وبين معلوم، بخلاف سائر الحدود.

(١) دفع.

(٢) الجار والمجرور متعلق بـ«طلب».

(٣) دين.

(٤) أي المديون.

(وتجوز) الكفالةُ (بأمرِ المكفولِ عنه، وبغير أمره)؛ لأنه إِلْزَامٌ على نفسه ليس على غيره فيه ضَرَرٌ.

(فإن كانت) الكفالةُ (بغير أمره لم يَرجع) الكفيلُ (عليه)؛ لأنه متبرِّعٌ.

(وإن كانت بأمره فَأَدَّى) الكفيلُ (رَجَعَ عليه) أي رجع الكفيلُ على الأصيلِ بما أداه؛ لأنه قَضَى دينَه بأمره.

(وإذا طُولِبَ) الكفيلُ[1] (ولُوزِمَ: طَالَبَهُ ولَازَمَه) وكذا يحبسه الكفيلُ إذا حُبِسَ؛ لأن ما لَحِقَه كان لأجله، فله أن يعامله بمثله، وليس له مطالبته قبلَ ذلك، لأنه ما لزمه بسببه شيء.

(وإن أدَّى الأصيلُ) الدينَ (أو أَبْرَأَه رَبُّ الدَّيْنِ: بَرِئَ الكفيلُ)؛ لأن الدين إذا سَقَطَ سَقَطَ مطالبته.

(وإن أَبْرَأَ) ربُّ الدينِ (الكفيلَ: لم يَبْرَأ الأَصِيلُ)؛ لأن الكفيلَ ليس بمديون، وإنما عليه المطالبةُ، وبسقوطها لا يسقط الدينُ.

(وإن أَخَّر) الطالبُ (عن الأصيلِ: تَأَخَّرَ عن الكفيلِ)؛ لأن المطالبةَ تبع للدينِ، فتَتَأَخَّر بتأخره.

(وبالعكسِ: لا) يعني وإن أَخَّرَ عن الكفيل لا يَتَأَخَّرُ عن الأصيلِ؛ لأن الأصيلَ لا يَتْبَعُ الفَرْعَ في الوصفِ[2]. هذا إذا أَخَّره الطالبُ. وأما إذا تكفل بالمال الحالِّ مؤجَّلاً إلى شهرٍ مثلاً يَتَأَجَّلُ عن الأصيلِ أيضاً؛ لأنه لا مطالبةَ على الكفيل حَالَ وجودِ الكفالةِ، فانصرف الأجلُ إلى الدينِ، كذا في «التبيين».

---

(١) أي في الكفيل.

(٢) وهو المطالبة.

وفي «الاختيار»: فإن صالح الكفيلُ ربَّ الدين من الألف على خمسمائة برئ هو والأصيلُ؛ لأنه لما أضافه إلى الدين، وهو[١] على الأصيل برئ الأصيلُ، فيَبْرَأُ الكفيلُ، ثم يرجع الكفيلُ على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالةُ بأمره. ولو صالح بخلاف جنس الدين[٢] رجع[٣] بجميع الألف؛ لأنه مبادلةٌ.

وفي «التوفيق»: إذا صالح الكفيلُ الطالبَ عن ألف على مائة على إبراءِ الكفيلِ من الباقي، لا يَبْرَأُ الأصيلُ، فيَرْجع الكفيلُ على الأصيل بمائة، والطالبُ على الأصيل بتسعمائة؛ لأن الإبراءَ عن الكفيل لا يوجب الإبراءَ عن الأصيل.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الخامس: ولو لقي الطالبُ الكفيلَ، وادعى أن لي على فلان ألفاً، وأنت كفلتَ بها لي عنه بأمره، وأقام البينةَ يثبت المالُ عليه، وعلى الغائب، وينتصب الكفيلُ خصماً عن الأصيل. أما الأصيلُ، فلا ينتصب خصماً عن الكفيل.

(**وإن قال الطالبُ للكفيل**) الذي ضَمِنَ له بأمرِ الأصيلِ (**بَرِئْتَ إليَّ من المالِ: رجع**) الكفيلُ (**به**) أي بالمال المكفولِ به (**على الأصيل**)؛ لأن قَوله: «إليَّ» يدل على البراءة المنتهيةِ إلى الطالب المبتدأةِ من المطلوب، وهذه البراءةُ لا يَتحقق إلا بالإيفاء، فيكون ذلك إقرارٌ منه بالأداءِ.

(**وإن قال: أَبرأْتُكَ**) يعني إن قال الطالب للكفيل المذكور: أبرأتك (**لم يَرجع**) الكفيلُ على الأصيل بشيء؛ لأن هذا يكونُ إسقاطاً لا إقراراً بالأداء. ولو قال: بَرِئْتَ، ولم يقل إليَّ.

---

(١) حال.

(٢) كالدنانير عن الدراهم مثلًا.

(٣) كفيل.

فعند أبي يوسف: يَرجع، لأنه نَسَبَ البراءةَ إلى المطلوبِ، وذلك إنما يكون بالأداء.

وعند محمد: لا يرجع، لأن براءةَ الكفيلِ يَحتمل أن يكونَ بأدائه، وأن يكون بإبراء الطالب، فلا يَرجع بالشك. هذا إذا كان الطالبُ غائباً، وإن كان حاضراً يُرْجَعُ إليه في بيان مراده اتفاقاً.

(**ولا يصحُّ تعليقُ البراءةِ منها**) أي من الكفالةِ (**بشرطٍ**) كما إذا قال الطالب للكفيل إذا قَدِمَ زيد: فأنتَ بريء من الكفالة، فإنه لا يصح، كما في سائر الإبراءات؛ لأن فيه[1] معنى تمليك المطالبةِ، وهي كالمال، لأنها وسيلةٌ إليه، والتمليك لا يقبل التعليقَ.

وقيل: يصح، لأن الإبراءَ عن الكفالةِ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ[2]، ولهذا لا يرتد الإبراء برد الكفيل، بخلاف التأخيرِ عن الكفيلِ حيث يرتد برده؛ لأنه ليس بإسقَاطٍ، وبخلاف الإبراءِ عن الأَصِيلِ حيث يَرْتَدُّ بالردِّ، لأن فيه معنى التمليك، فلا يصح مع التعليقِ.

(**وتصحُّ الكفالةُ بالأعيانِ المضمونةِ بنفسها**) وهي التي تضمن بالقيمة أو بالمثل (**كالمقبوض على سَوْمِ الشِرَى**) صورته: ذكر الثمنَ في البيع بلا إيجاب وقبول بأن قال البائع: بعتُ لكل بعشرين، فقال المشتري: اشتريته بعشرة، فقَبَضَ المشتري المبيعَ للمَشْوَرَةِ، فإن هلك يَهلِكُ بقيمته لفساد البيع، وإن استهلكه يملك بالعشرين؛ لأنه بذلك صار راضياً بالبيع بما قال البائع. فإن كَفَلَ آخَرُ المقبوضَ صح؛ لأنه مضمون على الأصيل، وإن لم يُذكر الثمنُ لا تصح كفالته؛ لأنه أمانةٌ على الأصيل، وتجوز كفالته بتسليم العين، سواء كانت مضمونةً، أو أمانةً؛ لأن تسليمَها واجب على الأصيل، فيكون التزامه صحيحاً، كذا في «التوفيق».

---

(١) إبراء.

(٢) لأن الذي على الكفيل هو المطالبة دون الدين.

(والمغصوبِ) أي وكالمغصوب **(والمبيعِ)** بيعاً **(فاسداً)**؛ لأنه يجب تسليمُ عينه حالَ بقائه، وقيمته حالَ هلاكِه، فكان مقدورَ التسليمِ.

(ولا تصح) الكفالةُ **(بالمضمونةِ)** أي بالأعيانِ المضمونةِ **(بغيرِها كالمبيع)** في يد البائع **(والمرهونِ)** في يد المرتهن. فإن الكفالة بعينهما غيرُ جائزة، لأنها لا تثبت في الذمة.

وأما الكفالةُ بتسليمها، فجائزة يطالب الكفيل به ما بقي المبيع والمرهون، وتبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك، والعجز بعده.

(ولا تصح) الكفالةُ **(إلا بقبولِ المكفولِ له في المجلسِ)** أي في مجلس العقد. وإن كان غائباً، فقَبِل عنه فضوليٌّ يصح، ويَتَوَقَّفُ على إجازته، لكن للكفيل أن يَخْرُجَ عن الكفالةِ قبل إجازته.

وفي «الاختيار»: وعن أبي يوسف: روايتان، وفي رواية: يتوقف على إجازته، كسائر تصرفات الفضولي. وفي رواية: يجوز مطلقاً، لأنه التزامٌ لا ضرر فيه على الطالب، فيستبدُّ الكفيلُ به، وفيه نفعٌ للطالب لانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة.

ولهما: أنه تمليك المطالبة، فيشترط فيه القبول في المجلس، كما في سائر التمليكات.

قيد بـ«المكفول له»؛ لأن بغيبة المكفولِ به، أو المكفول عنه يصح اتفاقاً، كذا في «الحقائق».

(إلا إذا قال المريضُ لوارثه: تكفَّل) عني **(بما عليَّ من الدين، فتكفَّل)** به **(والغريمُ غائبٌ: فتصح)** بلا قبوله؛ لأن هذه وصية منه لورثته بقضاء دينه، ولهذا قالوا: لا تصح هذه إذا لم يَخْلِفْ مَالاً، والجهالةُ لا تَـمْنَعُ صحةَ الوصيةِ.

(ولو قال) المريض ذلك **(لأجنبي: فيه اختلافُ المشايخ)** قال بعضهم: لا تصح، لأنه غيرُ مُطَالبٍ بدينه، فكان المريضُ في حقه كالصحيح[١].

وقال بعضهم: تصح، لأن المريضَ قصَد به النظرَ لنفسه، والأجنبيَّ إذا قَضَى الدينَ بأمره يَرجع به في تَرِكَتِهِ.

(ولا تصحُّ الكفالةُ عن الميتِ الْمُفْلِسِ) وقالا: تصح، لأن الدينَ باقٍ على الميت، ولهذا يُطْلَبُ به في الآخِرَةِ، فتصح الكفالةُ به، كما لو تَـبَرَّعَ إنسان، فَأَدَّى دينَه صحَّ.

ولأبي حنيفة: أن الموتَ يُخرِّبُ الذمةَ، ويُسقِط عنها أَحكامَ الدنيا من العباداتِ والمعاملاتِ، فإن تَرَكَ مالاً ينتقل[٢] إلى تركته، وإلا يَسقط[٣]، فلا تجوز الكفالةُ بالدَينِ الساقطِ، بخلاف التبرع، لأنه لا يَعتمد قيامَ الدينِ.

وفي «القنية»: كفل عن ميت مُفلِسٍ، ثم ظَهَرَ له مالٌ صحت الكفالةُ بقدره.

(ويجوز تعليقُ الكفالةِ بشرطٍ ملائمٍ) أي مُتَعَارَف **(كشرطِ وجوبِ الحقِّ، كقوله: ما بايعتَ فلاناً)** و«ما» هنا شرطية، وكذا في نظائره، أي إن بايعت فلاناً **(فعليَّ)** ثمنه، أو ما ذاب[٤] لك عليه فعليَّ، أو ما غصبك[٥] فعليَّ.

(أو بشرطِ إمكانِ الاستيفاءِ، كقوله: إن قَدِمَ فلانٌ) وهو المكفولُ عنه **(فعليَّ)** ما عليه.

---

(١) أي لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له.

(٢) دين.

(٣) دين.

(٤) أي إن وجب.

(٥) أي إن غصب منك.

(أو بشَرطِ تَعَذُّرِ الاستيفاءِ، كقوله: إن غاب) المكفولُ عنه عن البلد (فعليّ) ما عليه، فإن الكفالةَ بهذه الوجوه جائزة؛ لأن الإجماعَ منعقد على صحة ضمان الدَّرَكِ، وأنه في معنى ما ذكرنا من الشروط.

(ولا يجوز) تعليقُ الكفالةِ (بمجردِ الشرطِ) أي المجرد عن المعاني[١] المذكورة (كقوله: إن هَبَّتِ الريحُ، أو جاء المطرُ) أو دخل زيد الدار، فأنا كفيل، لأنه تعليقُ وجوبِ المالِ بالخَطَرِ، فلا يصح، ولكن تصح كفالته[٢]، كما صح الطلاقُ إذا علَّقه بمجيء المطر، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

(ويجب المالُ حالًّا إن جَعَلَهما) أي إن جَعَلَ هُبُوبَ الريحِ، أو مجيءَ المطر (أجلاً للكفالةِ) كما إذا قال: كَفَلتُ بكذا إلى أن يَهبَّ الريحُ، أو يُمْطِرَ السماءُ لا يصح تأجيلُه، لأن تأجيلَه بَطل، فلزمه المال حالًّا.

وفي «الاختيار»: وشرط الخيار في الكفالة جائزة، وهي أَقْبَلُ للخيار مِن البيعِ، حتى يَقْبَلَ الخيارَ أكثرَ من ثلاثةِ أيامٍ، لأنه لما صح تعليقه بالشرط، فَلَأَنْ يصح بشرط الخيار فيه أولى. فلو أقر بكفالةٍ مؤجَّلةٍ لزمته الكفالةُ، ولا يُصَدَّق في الأجل إلا بتصديق الطالب، كما في الإقرار بالدين.

(فإن قال: تكفَّلتُ بما لَكَ عليه) أي على فلان (فقامتِ البينةُ بشيءٍ: لزمه وإلا) أي إن لم تَقُمِ البينةُ (فالقَوْلُ قَوْلُهُ) أي قولُ الكفيلِ (مع يمينه) على ما يَعْتَرِفُ به، لأنه منكِرٌ للزيادة.

وفي «شرح الوقاية» لصدر الشريعة: وينبغي أن يُحَلَّفَ على العلم بأنك لا تَعلم أن أكثرَ مِن هذا واجب على الأصيل. فإن نكل، أو أقر بالزيادةِ لزم عليه. وإنما يُحَلَّف على العلم، لأن الحلفَ فيما يجب على الغير، ليس إلا على العلم.

---

(١) وهي وجوب الحق وإمكان الاستيفاء وتعذره.

(٢) لأن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

(**ولا يُسْمَعُ قولُ الأصيلِ عليه**) أي على الكفيل، يعني إن اعترف المكفولُ عنه بأكثرَ مما اعترفه الكفيلُ لزم ذلك الزائدُ على المكفول عنه، لا عليه؛ لأن الإقرارَ حجةٌ قاصرةٌ لا تَعْدُو[1] عن المقر.

(**ولا تصح الكفالةُ بالحَمْلِ على دابةٍ**) مستأجَرةٍ (**بعينها**)؛ لأنها لو هلكت يَعْجِزُ الكفيلُ عن الحَمل عليها.

(**وتصح بغير عينِها**)؛ لأن الحَملَ على أي دابة كانت مقدورُ[2] الكفيلِ.

وفي «الاختيار»: وكذا لو تكفل بخدمةِ عبدٍ بعينه، أو بخياطةِ خياطٍ بيده، لأن فعله لا يَقوم مَقامَ فِعْلِ غيرِه، فإن تكفل بتسليم العبدِ، أو الخياطِ، أو بِفعلِ الخياطةِ جاز؛ لأنه مقدورٌ له، فإن المستحقَّ مُطْلَقُ الخياطةِ، فأي خياطةٍ وُجِدَت حَصَلَ المكفولُ به.

ولو ضَمِنَ لامرأةٍ عن زوجها بنفقة كلِّ شهرٍ جاز، وليس له الرجوعُ عن الضمانِ في رأس الشهر.

ولو ضَمِنَ أجرةَ كلِّ شهرٍ في الإجارةِ، فله أن يَرجعَ في رأس الشَّهرِ.

والفرق أن السببَ في النفقة لم يَتَجَدَّدْ عند رأسِ الشهرِ، بل يجب في الشهور كلها بسبب[3] واحد، وسببُ الأجرةِ في الإجارةِ يَتَجَدَّدُ في كل شهرٍ لتجدد العَقدِ، فله أن يَرجعَ عن الكفالةِ المستقبَلةِ.

(**اثنان عليهما دينٌ، وكل واحدٍ منهما كفيلٌ عن الآخَرِ، فما أدَّاه أحدُهما لا يَرجع على صاحبه بشيءٍ، حتى يَزيدَ على النصف، فيَرْجعُ بالزيادةِ**) على صاحبه؛ لأن

---

(١) أي لا تتجاوز.

(٢) خبر «أن».

(٣) وهو النكاح.

كلًّا منهما في النصف أصيل، وفي النصف كفيل، فما يؤديه أوَّلاً يقع عن النصف بالأَصَالَةِ، فإذا زاد على النصف يقع عن الكفالةِ.

(وإن تكفَّلا عن رجلٍ) آخَرَ بألف مثلاً **(وكلٌّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن الآخَرِ)** أي كفل كل واحدٍ منهما جميعَ الألف عن الكفيلِ الآخَرِ. والكفالةُ عن الكفيلِ صحيحةٌ، كما تصح عن الأصيل، كذا في «شرح المجمع» لمولانا نظام الدين.

(فما أدَّاه أحدُهما يَرجعُ بنصفه على الآخَرِ) سواء زاد على النصف أو لا، لأن أحدَهما إذا أدَّى شيئاً وَقَعَ ذلك شائعاً عنهما لاستوائهما؛ إذ كُلٌّ منهما كفيل عن صاحبه بكل الألف، فلا رُجحانَ لأحدِهما على الآخَرِ، بخلاف ما سَبَقَ، لأن هناك كان النصفُ بجهةِ الأصالةِ، والنصفُ الآخَرُ بجهةِ الكفالةِ، وما أدَّى أحدُهما كان مَصْرُوفاً إلى النصفِ الأصيلِ، لكونه أقوى، ثم رَجَعَ الكفيلان على الأصيلِ، لأنهما أَدَّيَا عنه دَينَه أحدُهما بنفسِه، والآخَرُ نيابةً[١]، وإن شاء رَجَعَ المؤدِّي إلى الأصيلِ بكل ما أدَّى، لأنه كفيلٌ بكل المال عنه بأمره.

(ولو ضَمِنَ عن رجلٍ خَرَاجَه) أي خراجَ أرضِه. المسلمُ والذميُّ سواءٌ.

(وقِسمتَه) وهو النائبةُ الموظفةُ الراتبةُ[٢]، وهي الْمُقَطَّعَاتُ الدِّيوَانيةُ في كل شهرٍ، أو في ثلاثةِ أشهرٍ.

وقيل: المرادُ بالقسمةِ أجرُ القَسَّامِ.

(ونَوَائِبَهُ) فهي ما يلحق به من جهةِ السلطانِ من حقٍّ، أو باطلٍ غيرَ مُوَظَّفَةٍ.

(جاز إن كانت النوائبُ بحقٍّ، ككَرْيِ النهرِ، وأجرةِ الحارسِ، وتجهيزِ الجيشِ) أي ما يَصْلُحُ لهم من آلات الحرب وغيرِها.

---

(١) عن الكفيل.

(٢) ثابتة.

(وفِداءِ الأسارى) أما الخراجُ، فلأنه دَين مطالَب، بخلافِ الزكاةِ، لأنها مُجَرَّدُ فِعْلٍ[١].

وأما القسمةُ والنوائبُ، فلأنهما قد صارتا كالدَّينِ.

(فإن لم تكن) النوائبُ بحق (كالجِبَايات) وهي التي يأخذها الظلمةُ في زماننا ظلماً كالقَبْجُرِ، كذا في «الكفاية».

(قالوا) أي العلماءُ (تصحُّ) الكفالةُ لها (في زمانِنا)، وعليه الفتوى، لأنها صارت كالديونِ الصحيحةِ في حكمِ تَوَجُّهِ المطَالِبِ، والعبرةُ في الكفالة للمطالبة.

وفي «الاختيار»: حتى قالوا: لو أُخِذَ من المزارِعِ جبراً، له أن يَرْجِعَ على المالك. والكفالةُ بالدَّرَكِ جائزةٌ، وهو التزامُ تسليمِ الثمنِ عند استحقاق المبيع، لأن المقصودَ تأكيدُ أَحكامِ البَيْعِ، وتقريرُها. ولو استُحِقَّ المبيعُ لم يؤخَذِ الكفيلُ، حتى يُقْضَى على البائعِ؛ لأن البيعَ لا يَنتقض إلا بالقضاءِ. ولو قُضِيَ على المشتري بالاستحقاقِ، فهو قَضاءٌ على البائع، لأنه خَصْمٌ عنه، فيُؤْخَذُ الكفيلُ.

والضمانُ بالعُهدة باطل؛ لأن العهدةَ تَحْتَمِلُ الدَّرَكَ وغَيْرَه[٢]، فكان مجهولًا. أما الدَّرَكُ، فيُستعمَلُ في ضمان الاستحقاق.

وعن أبي يوسف: أن العهدةَ كالدَّرَكِ، لأنه ترجح استعمالها في ضمان الدَّرَكِ عُرفاً وعادةً.

* * *

---

(١) ليست بدين، ولا تؤخذ من تركته بعد الموت.

(٢) كالصك القديم والعقد وحقوقه.

كتاب الحوالة

وهي اسم بمعنى الإِحَالةِ، وهي النقلُ.

وفي الشرع: نَقلُ الدينِ من ذمةٍ إلى ذمةٍ.

وهي مشروعة لقوله ﷺ: «من أحيل على مليء ـ أي غني ـ، فليتبع»، والأَمْرُ بالاتباع دليلُ الجوازِ، وإنما خَصَّه ﷺ بالمليء حُكماً للغالبِ، لأن الغالبَ ذلك في الَحوَالات، لا أنه شَرْطُ الجَوَازِ.

(وهي) أي الحوالةُ (**جائزةٌ بالديونِ، دونَ الأعيانِ**)، لأن الحوالةَ نقلٌ من الذمةِ إلى الذمةِ، وهو نقلٌ حكميٌّ، فلا يتصورُ في العين، لأن نقلَه حسيٌّ.

(**وتصحُّ**) الحوالةُ (**برضا المحيلِ**) وهو المديونُ، لأنه يُؤْخَذُ منه الحوالةُ، لكن ذُكِرَ في «الزيادات»: رضا المحيل ليس بشرطٍ لصحة الحوالةِ، لأن المحالَ عليه يَتَصَرَّفُ في نفسِه بالتزام الدين، وفيه نَفْعٌ له[1]، كما أن الكفالة تصح بدون رضاء المكفول عنه، إلا أن يشترط رضاه للرجوع عليه، ولا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

(**والمحالِ له**) ويقال له: المحالُ، وهو الدائنُ؛ لأن الدينَ حَقُّه، فلا بد من رضاه في انتقاله لتفاوت الناس في الذِّمَمِ.

(**والمحتالِ عليه**) وهو الذي يَقبل الحوالةَ، إنما شُـرِط رضاه، لأن الناسَ متفاوِتون في الطلب.

---

(١) أي للمحيل.

(**فإذا تـمَّت**) الحوالةُ (**بَرِئَ المحيلُ**) من الدين.

وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة، لأن كلًّا منهما عَقْدٌ مَشروعٌ للتوثقِ.

ولنا: أن الأحكامَ الشرعيةَ تَثبت على وَفقِ المعاني اللغويةِ، فمعنى الحوالةِ، وهو النقلُ إنما يتحقق بفراغ ذمة الأصيل، ومعنى الكفالة وهو الضم يَقْتَضِي ثبوتَ ذمةِ الأصيلِ، ومعنى التوثق[1] في الحوالة اختيارُ[2] من هو أَحْسَنُ من المحيلِ في القضاء.

(**حتى لو مات**) المحيلُ (**لا يأخذُ المحتالُ**) المالَ (**من تركته**) أي من تركة المحيل (**لكن يأخذُ**) المحتالُ (**كفيلاً من الورثةِ**) أي من ورثة المحيل (**أو من الغرماءِ مخافةَ التَّوَى**) أي مخافةَ هلاكِ حقِّ المحالِ.

(**ولا يَرجعُ المحتال**) على المحيلِ (**إلا أن يموتَ المحالُ عليه مُفْلِساً**) هذا إذا ثبت موته مفلساً بتصادقهما، فإن اختلفا فيه، فقال المحتال: مات مفلساً وأنكر الآخر[3] فالقول للمحتال؛ لأن العُسرةَ، هو الأصل.

(**أو يَجحدَ**) المحالُ عليه (**الحوالةَ، ولا بينةَ**) للمحتالِ (**عليه**) أي على الحوالةِ ويَحْلِفَ المحال عليه.

وقالا: يثبت التَّوَى بهما، وبحكم الحاكم بإفلاسه في حياته، لأن المحتالَ يَعْجِزُ عن أَخْذِ حقه منه حينئذ، كما يَعْجِزُ عند موته مفلساً. وهذا الخلافُ مَبْنِيٌّ على الخلاف في أن الإفلاسَ لا يتحقق بتفليس الحاكم عند أبي حنيفة، ويتحقق عندهما.

وقال الشافعي: لا يرجع بالتَّوَى، لأن ذمة المحيلِ برئت بالحوالةِ، فلا يَعودُ الدَّينُ إليها، إلا بسبب جديدٍ.

---

(١) جواب عن سؤال مقدر يفهم تقديره بأدنى تأمل.

(٢) مصدر مضاف إلى مفعوله.

(٣) وهو المحيل.

ولنا: قوله ﷺ: «إذا مات المحتالُ عليه مُفلِساً عَادَ الدينُ».

(فإن طالبَ المحالُ عليه المحيلَ) بمثل ما أحال به **(فقال)** المحيلُ **(له)** أي للمحالِ عليه: **(إنما أحلتُ بدَيْنٍ لي عليك)** ولا رجوعَ لك عليَّ **(لم يُقْبَلْ)** قولُ المحيلِ، إلا أن يكون له عليه بينة، لأن سببَ الرجوعِ، وهو قضاءُ دَينه بأمره متحقق بإقرار المحيلِ، فيَرْجع عليه بمثله، وإقرارُ المحالِ عليه بالحوالةِ لا يَستَلزم الإقرارَ بالدين لوجودها بدونه، ثم المدعِي يَدَّعِي دَيناً على المحال عليه، وهو منكِرٌ، فالقول للمنكِرِ.

(وإن طالب المحيلُ المحتالَ بما أحاله به) أي بما أحال المحيلُ المحتالَ به بأن قال: إنما أحلتك لِتَقْبِضَ لي، فَأَعْطِنِي ما أخذتَه.

(فقال) المحتالُ: **(إنما أَحَلْتَني بدينٍ لي عليك: لم يُقْبَلْ)** قول المحتال بلا بينة؛ لأنه يدعِي على المحيل الدينَ، وهو ينكِرُ، فالقولُ قولُ المنكِرِ، ولا يكونُ إقرارُ المحيلِ الحوالةَ إقراراً منه بأن عليه ديناً للمحتال؛ لأن لفظَ الحوالة يُستعمَل في الوكالةِ، فلم يكن الدينُ من ضروراتها.

* * *

كتاب الصلح

وهو في اللغة: اسم المصالحةِ والمسالمةِ خلافِ المخاصمةِ.

وفي الشريعة: عَقْدٌ يَرفَعُ النزاعَ.

ثبت جوازه بقوله[١] تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ[٢]﴾[٣]. عرفه بالألف واللام، فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً، وكل خير مشروع.

(ويجوزُ) الصلحُ **(مع الإقرارِ، والسكوتِ)** أي سكوت المدعى عليه بأن لا يقر ولا ينكر **(والإنكارِ)**.

وقال الشافعي: لا يجوز مع السكوتِ والإنكارِ؛ لأن المدعَى عليه إذا لم يقر فما يَدفَعه يكون لِقَطْعِ الخصومةِ، وهذا رشوةٌ، فلا يجوز.

ولنا: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾[٤]، وبَدَلُ الصلح فيهما[٥] بعضُ حقِّه في زَعم المدعِي، وافتداءُ اليمين في زَعمِ المدعَى عليه، وكل ذلك جائز، فليس[٦] برشوة. ولئن[٧] كان رشوة، فدفعها لدفع الظلم جائز، ولهذا قالوا: لو دَفَعَ

---

(١) وبقوله ﷺ: «كل صلح جائز، إلا صلحاً حرَّمَ حلالًا، أو حلَّلَ حراماً»، وقال عمر رضي الله عنه: ردوا الخصوم كي يصطلحوا.

(٢) عرَّفه بالألف واللام، فيقتضي أن يكون كل صلح خيراً، وكل خير مشروع.

(٣) سورة النساء: ١٢٨.

(٤) سورة النساء: ١٢٨.

(٥) أي في السكوت والإنكار.

(٦) جواب منع.

(٧) جواب تسليم.

الوصيُّ إلى السلطان شيئاً من مال اليتيم لدفع ظلمه، وكان لا يَقدر على دَفعه إلا بدفع المال لا يَضمن، ذكره في «الفصول».

(فإن كان) الصلحُ (عن إقرارٍ، وهو) الواو للحال، أي والحال أن ذلك الصلح وقع (بمالٍ عن مالٍ: فهو كالبيع) لوجود معنى البيع فيه، وهو مبادلةُ المال بالمال[1] بتراضي الْمُصَالَحَيْنِ، فيَتَرَتَّبُ على ذلك ما يترتب على البيع من الخيارِ[2]، والشفعةِ في العقارِ، وغيرِهما[3]. هذا إذا وَقَعَ الصلحُ على خلاف جنس المدَّعى، وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقلَّ من المدعَى فهو حطٌّ وإبراءٌ، وإن كان بأكثر منه، فهو رباً.

(وبمنافعَ) أي إن وَقَعَ الصلحُ عن إقرارٍ بمنافعَ (عن مَالٍ) أو عن منافع بمالٍ، كما إذا ادعى سكنى دارٍ سنةً وصيةً من مالكها، فأقر به وارثه، فصالحه على مال، وإنما جعلنا صورتَه هكذا، لأن الروايةَ محفوظةٌ أنها لو ادعى استئجارَ عينٍ، والمالكُ ينكره، ثم صالحا لا يجوز، كذا في «شرح الوقاية» لصدر الشريعة، فهو (كالإجارة)؛ لأن العبرةَ للمعاني، فيشتَرَطُ فيه العلمُ بالمدة، ويَبطل الصلحُ بموت أحدِهما في المدة، لأنه إجارةٌ معنىً، ويَرجع المدعِي في دعواه بقدر ما لم يَسْتَوْفِهِ من المنفعة، كذا في «النهاية».

(وإن استُحِقَّ فيه) أي في الصلح عن إقرارٍ (بعضُ الْمُصَالَحُ عنه) وهو المقر به (رَدَّ) المدعِي (حصتَه من العوض).

(وإن استُحِقَّ الجميعُ) أي جميعُ الْمُصَالَـحِ عنه (رَدَّ الجميعَ) أي جميعَ العوض، لأنه مبَادَلَةٌ كالبيعِ، وحكمُ البيعِ كذلك.

---

(١) كما أن البيع مبادلة المال بالمال بتراضي المتعاقدين.

(٢) يعني الخيارات الثلاثة.

(٣) من كون البدل معلوماً والفساد بجهالته.

(وإن استُحِقَّ كلُّ المصالَحِ عليه) أي كلُّ العِوَضِ (رَجَعَ) المدعِي على المدعَى عليه (بكل المصالَحِ عنه).

(وفي البعضِ) أي وإن استُحِقَّ في بعض العِوض، فيرجع (بحصتِه) من المصالَح عنه، لأن حكم الاستحقاق في البيع يكون كذا، وهو[1] أَخَذَ حُكمَه لكونه[2] في معناه. هذا إذا لم يكن التَّشقِيصُ[3] فيه عَيْباً، وإن كان عيباً، فله الخيارُ.

(والصلح عن سكوتٍ، أو إنكارٍ: معاوَضةٌ في حقِّ المدعِي) لأن في زَعمه أنه أَخَذَ عوضاً عن ماله (وافتداءُ اليمينِ) وقطعُ الخصومةِ (في حق المدعَّى عليه)، لأن في زعمه أن المدعِي كاذبٌ في دعواه، وإنما يَدْفَعه المالَ، لئلا يَحْلِفَ، هذا في الإنكار ظاهر.

وأما في السكوت، فلأن جهةَ الإنكار رَاجِحَةٌ؛ إذ الأصلُ فراغُ الذِّمَمِ، فلا يَثبت كونُه عوضاً بالشك، ويجوز[4] أن يكون لشيء واحد حُكمانِ مختلفانِ باعتبار شَخْصَين، كالنكاح موجَبه الحلُّ في المتناكحَينِ، والحرمةُ في أصولهما.

(وإن استُحِقَّ فيه) أي في الصلح عن سكوتٍ أو إنكارٍ (المصالَح عليه) كله (رَجَعَ) المدعِي (إلى الدعوى في كله) أي في كل المصالَح عنه (وفي البعضِ) أي وإن استُحِقَّ في بعض المصالَح عليه، فيَرجع إلى الدعوى (بِقَدْرِه)؛ لأنه تَرَكَ دعواه ليَسلَمَ البدلُ، فإذا لم يَسلَم رجع بالْمُبْدَلِ، وهو الدعوى.

(وإن استُحِقَّ المصالَح عنه) وهو المدعّى (رَدَّ) المدعِي (العوضَ)؛ لأن المدعَى

---

(١) صلح.

(٢) صلح.

(٣) أي تقطيع.

(٤) جواب سؤال مقدر يعرف تقديره بأدنى تأمل.

عليه إنما بَذَلَه ليَبْقَى المدعَى في يده من غيرِ خصومةٍ، فإذا استُحِقَّ لم يَحْصُل مقصوده، فيَستَرِده، ورَجَعَ المدعِي بالخصومةِ مع المستحقِّ.

(وإن استُحِقَّ بعضُه) أي بعضُ المصالحِ عنه (رَدَّ حصتَه) أي حصةَ ذلك البعضِ، (ورَجَعَ بالخصومةِ فيه) أي في المدعَى مع المستحق، لأنه قام مَقام المدعَى عليه حين أَخَذَ منه المدعَى.

(وهلاكُ بَدَلِ الصلحِ قبل التسليمِ: كاستحقاقِهِ في الفصلَيْنِ) أي الحكم في هلاك البدلِ كالحكم في استحقاقِهِ في الفصلين، أي لو هلك بدلُ الصلحِ قبل التسليمِ، فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق، في فصلِ الصلح عن إقرارٍ، وفصلِ الصلح عن إنكارٍ أو سكوتٍ.

(ويجوز الصلح عن) حق (مجهولٍ) بأن ادعى في دار حقّاً ولم يبين، لأنه إِسقاطٌ، فلا يقع فيه منازعةٌ.

(ولا يجوز إلا على معلومٍ) بالإشارةِ، أو ببيانِ القَدْرِ، والوَصْفِ إذا كان في الذمة. هذا إذا كان بدلُ الصلح محتاجاً إلى القبضِ؛ لأنه تمليك، فيُفْضِي إلى المنازعةِ إذا كان مجهولاً.

أما إذا لم يكن محتاجاً إلى القبضِ، كمن ادعى حقّاً في دارٍ، وادعى المدعَى عليه حقّاً في حانوته[1]، فتصالحا على أن يَقْطَعَ كلٌّ منهما دعواه عن صاحبه صحَّ وإن[2] لم يكن مقدارُ حق كلٍّ منهما معلوماً.

وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا كان له على آخَرَ ألفُ درهم، فأعطاه دراهمَ

(١) مدعى.

(٢) وصل.

مجهولةَ الوزنِ على وجه الصلح يجوز، ويَحْمَل على أنه أقلُّ. ولو أعطاه على وجه القضاء[1] لا يجوز الأداءُ.

وفي «الاختيار»: ولو ادعى داراً فصالحه على قدرٍ معلوم منها جاز، ويصيرُ كأنه أَخَذَ بعضَ حقه، وأَبْـرَأَه عن دعوى الباقي، والبراءةُ عن العين وإن[2] لم تصحَّ، لكنَّ البراءةَ عن دعوى العين تصحُّ، فَصَحَّحْنَاه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة.

وفي «شرح الوقاية» لصدر الشريعة: والفرق بينهما يَظْهَرُ فيما إذا كان الدارُ في يد المدعَى عليه، فيَبْـرَأُ المدعِي عن دعواها يصح[3]، وإن لم تكن في يد المدعى عليه، كما إذا مات واحد، وتَـرَكَ ميراثاً، فيبرأ واحدٌ[4] عن نصيبه لا تصح؛ لأن هذه براءةٌ عن الأَعْيَان.

(ويجوز) الصلح (عن جنايةِ العمدِ) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[5]، يعني من بُذِلَ له من دم أخيه المقتولِ مال، فليتبع المطلوبَ بما صالحه، وليؤدّى إلى غيرِ العَافِي حقَّه وافياً غيرَ ناقص. كذا نُقل عن ابن عباس رضي الله عنه.

(والخطأِ) وفي النفيس وما دونها، لأن موجَبَها المالُ، والصلح عنه كالصلح عن سائر الديون، إلا أنه لا يجوز بالزائد على قَدْرِ الدية، وفي العمدِ يجوز؛ لأن القصاصَ ليس بمال. هذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية. أما إذا صالحه على

---

(١) أداء.

(٢) وصل.

(٣) لأن هذه براءة عن دعوى الأعيان.

(٤) من الورثة.

(٥) سورة البقرة: ١٧٨.

نوع آخرَ كالحنطة والشعير ونحوهما، فإنه يجوز بالغةً ما بلغت؛ لأنها من خلاف الواجب، فلا ربا.

ولو فَسَدَ التسميةُ في الخطأ بأن صالح على خمر وجب الديةُ، وإن فَسَدَ في العمدِ يَسقط القصاصُ، ولا يجب شيء، لأن إقدامَه على الصلح يتضمن الإبراءَ عنه. وهذا الحكم لا يَختلف في هذه الأشياء بين أن يكوَن عن إقرارٍ، أو إنكارٍ، أو سكوتٍ.

وفي «الاختيار»: ولو صالحه بعفوٍ من دمٍ على عفوٍ عن دمٍ آخَرَ جاز كالخُلع. ولو قَطَعَت يدَه، فصالحته على أن يَتَزَوَّجَها، وقد برأت يده جاز، لأنه صالحها على أرشٍ وَجَبَ له عليها، وسَقَطَ الأرش. وإن مات عنها لها مَهْرُ مثلِها، وعليها الديةُ في ثلاثِ سنين، لأنه ظَهَرَ أن حقَّه في القتلِ، فلم يصح التسميةُ[1]. ولو استحق العبدُ المصالَحُ عليه رَجَعَ بقيمته في العمدِ، وبالديةِ في الخطأ. وقد عُرِفَ وجهه. ولو وَجَدَ عَيْباً يسيراً رَدَّه في الخطأ، ولا يرده في العمدِ إلا بالفاحش، فَيَرُدُّه ويأخذ قيمتَه، لأن الصُّلْحَ في الخَطَإِ يَحتمل الفسخَ لوقوعه عن مالٍ، وفي العمدِ لا يَحْتَمِلُ الفَسخَ، لأنه عن القصاص، وقد سَقَطَ، فلا سبيل إلى استردادِه، فيَرجع بقيمةِ العوضِ، كالنكاح والخُلعِ.

(**ولا يجوز**) الصلحُ (**عن**) دعوى (**الحدودِ**)؛ لأن الحدودَ حقُّ الله، والاعتياض[2] عن حق الغير لا يجوز، وفي القذف[3] جهةُ الشرعِ غالب.

(**ولو ادعى**) رجل (**على امرأةٍ نكاحاً، فجَحَدَتْ، ثم صالحتْه على مالٍ؛ ليتركَ الدعوى: جاز**) وكان في معنى الخلع في جانبه لزَعمه أن النكاحَ قائم، والدفعِ لِتَرْكِ الخصومةِ في جانبها.

---

(١) أي عن القطع.

(٢) أي أخذ العوض.

(٣) جواب سؤال مقدر يعرف تقديره بأدنى تأمل، فتأمل.

(ويَحْرُمُ عليه) ما أخذه (دِيانةً) أي فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مُبْطِلاً في دعواه.

(ولو صالحها على مالٍ؛ لتُقِرَّ المرأة له بالنكاح: جاز) ويُجعل زيادة في المهر؛ لأنها تَزعم أنها زَوَّجَت نفسَها منه ابتداءً بالمسمى، وهو يَزعم أنه زاد في مَهرِهَا.

(ولو ادعت المرأةُ) النكاحَ (فصالحها) الزوج على مال (جاز) ويكون المدفوعُ من جانبه، لدفعِ الخصومةِ، ومن جانبها زيادةً في مهرها.

(وقيل: لا يجوز) وهو الأصح. ووجهه: أنَّ تَرْكَ دعواها إن جُعِلَ فُرْقَةً لا يجوز للزوج إعطاءُ شيء لأجلها، وإن لم يُجْعَل فُرْقَةً بقي الحالُ على ما كان عليه من الدعوى، فلم يكن في مقابلة هذا العوض شيء.

(ولو ادعى) رجل (على شخصٍ أنه عبدُه، فصالحه على مالٍ: جاز) فكان في زَعم المدعي في معنى العتق على مال، وفي زَعم المدعَى عليه يكون لدفع الخصومة.

(ولا وَلَاءَ) للمدعي (عليه) لإنكار العَبدِ ذلك، فإن أقام المدعي بينةً بعد ذلك أَنه عَبده لم تُقبَل، لأن مِن زَعمه أنه أعتقه على مال، وأنَّ العَبدَ اشترى نَفسَه بهذا المال، لكن يثبت الوَلَاءُ عملاً بالبينةِ.

(عبدٌ بين رجلين، أعتقه أحدُهما، وهو) أي الْمُعْتِقُ (موسِرٌ، فصالحه الآخَرُ على أكثرَ من نصفِ قيمته: لم يجز) الفَضل؛ لأن القيمةَ منْصُوصٌ عليه، قال ﷺ: «قُوِّمَ عليه باقيه»[1]، فلا يجوز الزيادةُ عليه. ولو صالحه على عَرض جاز، لعدم الجنسية، فلا ربا.

(ويجوز صلحُ المدعِي المنكِرِ) أي مع منكرِ عَينٍ (على مالٍ؛ لِيُقِرَّ) المنكِرُ (له بالعينِ) صورته: رجل ادعى على رجل عيناً في يده، فأنكره، فصالحه على مال

---

(١) أول الحديث: من أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين شريكه.

ليعترف له بالعين، فإنه يجوز، ويكون في حق المنكِر كالبيع، وفي حق المدعِي كالزيادة في الثمن.

(والفضولـيُّ إن صالح على مالٍ، وضَمِنَه، أو سلَّمه، أو قال) الفضوليُّ المصالِحُ (على ألفِي هذه) أو على هذه الألفِ (صحَّ) الصلح في هذه الصُّوَرِ، ولزمه تسليمُ المال إلى المدعِي، ولا يرجع بشيء منه على المدعَى عليه؛ لأنه متبرِّعٌ، فصار كالكفالة بغير أمر المديونِ.

(وإن قال[1]: على ألفٍ) ولم يُشِرْ إليها، ولم يَنسِبها إلى نَفْسِه (يَتَوَقَّفُ) الصلحُ (على إجازةِ المصالَـحِ عنه)؛ لأنه هو الأصيلُ في عقدِ الصلحِ لِعَوْدِ النَّفْعِ إليه، فإن أَطْلَقَ المصالِحُ المالَ كان عاقداً لأجله، فيتوقف على إجازته، وإذا أضافه إلى نفسه يَصير أصيلاً فيه، فلا يتوقف على إجازته.

(والصلحُ عما استُحِقَّ بعقد المداينة: أَخْـذٌ لبعض حقِّه، وإسقاطٌ للباقي) تصحيحاً لكلامه مَهْمَا أمكن (وليس معاوضةً)؛ لأن في جَعْله كذلك رباً.

(فإن صالحه عن ألفِ درهم بخمسمائةٍ) درهم (أو) صالح (عن ألفِ جِيادٍ بخمسمائةٍ زُيوفٍ) فإنه يجوز، فيُجْعَلُ الطالبُ مُسقِطاً للقَدْرِ والصفةِ، ومستوفِياً لبعض حقه. وأما عكسه، وهو أن يكونَ الصلحُ عن ألفِ زيوف على خمسمائةِ جيادٍ، فغيرُ جائزٍ لامتناعِ حَمله على أنه استَوْفَى بَعْضَ حقِّه، وأَسْقَطَ الباقِي، لأنه لم يستحقَّ الجيادَ، فيكونُ معاوضةً، فيلزمه رباً.

(أو) صالح (عن) ألفِ (حالَّةٍ بمثلها مؤجَّلة: جاز) فيُجْعَلُ كأنه أجَّل نفسَ حقِّه[2]، ولا يُجْعَلُ معاوضةً؛ لأن بيعَ الدراهم بمثلها نسيئةً غيرُ جائزٍ.

---

(١) فضولي.

(٢) لا أنه أجَّل به بدل الصلح.

قيد قوله: «بمثلها» اتفاقي، فإنه إن صالح بأقل من مثلها مؤجلةً جاز، كما إذا وقع الصلح عن مائة دراهم في الذمة على عشرة دراهم إلى شهر جاز؛ لأنه حطُّ البعضِ، وأخذُ الباقي، كذا في «البزازي».

وفي موضع آخر منه لو صولح من دعوى الدين على دراهم، وافترقا قبل قبض بدل الصلح يجوز؛ لأنه إن وقع عن إقرارٍ، فافتراق عن عين بدين بزعمهما، وإن وقع عن إنكار، فهو في زعم المدعي كذلك، وفي زعم المدعَى عليه بدل المال لإسقاط اليمين.

(**ولو صالحه على دنانيرَ مؤجَّلةٍ**) عن دراهم حالَّةٍ: (**لم يجز**)؛ لأنه لا يمكن حمله على تأخيرِ حقه، فتعين حمله على المعاوضة، فلا يجوز لكونها[1] رباً.

ولو صالحه عن ألف مؤجلة بخمسمائة حالَّةٍ لم يجز؛ لأنه اعتياضٌ عن الأجل، ولا يجوز؛ لأن المعجلةَ خَيْرٌ من المؤجَّلةِ، فيكونُ التعجيلُ بإزاء ما حَطَّ عنه فلا يصح.

(**ولو صالح عن ألفٍ سُودٍ**) وهو جمعُ أَسْوَدَ، وهو درهم مضروبٌ من نُقْرَةٍ رَدِيئَةٍ (**بخمسمائة بيضٍ**) وهو جمعُ أبيضَ: (**لا يجوز**)؛ لأن البِيضَ غيرُ الحقِّ المعقودِ عليه، وهي زائدة في الوصف، فيكون معاوضةً للألف بخمسمائة، وزيادةَ وصفٍ، وأنه رباً.

(**وإن قال له**) أي لمديونه (**أَدِّ إليَّ غداً خمسمائةٍ على أنك بريءٌ من خمسمائةٍ، فلم يؤدِّها إليه**) أي إلى دائنه (**فالألفُ بحالِـها**).

وعند أبي يوسف: سَقَطَ خمسمائة.

---

(١) ولأن هذا الصلح معاوضة، فيكون صرفاً، فيشترط قبض الدنانير قبل الافتراق.

قيد بقوله: «فلم يؤدها»؛ لأنه لو أدَّاها غداً برئ عن باقيها اتفاقاً.

له: أن «على» للمعاوضة، والأداءُ لا يصلح عوضاً، لأنه واجب عليه قبل الصلح، فيكون وجوده كعدمه.

ولهما: أن «على» يحتمل الشرطَ، فيحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، أو للتعارف[١]، والأداءُ في الغد يصلح عوضاً، لأنه قد يعجلُ للتجارة الرابحة. ولو لم يقيد الأداءَ[٢] بوقت يصح إبراؤه اتفاقاً؛ لأن مطلقَ الأداء لا يَصلح عوضاً. ولو قدَّم الإبراء بأن قال: أبرأتك عن خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائةٍ غداً يقع الإبراءُ اتفاقاً أعطاها أو لم يْعط؛ لأنه أطلق الإبراءَ أوَّلاً، ووَقَعَ الشَّكُّ في تقييده بأداء الخمسمائة؛ لأن كلمة «على» ليس للشرط صريحاً، بخلاف ما تقدَّم؛ لأن قيدَ الأداء ذكر أوَّلاً. ولو قال: إن أديتَ إليّ خمسمائةٍ، فأنت بريء من الباقي يكون الإبراءُ باطلاً؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، فلا يصح التمليكُ بصريح الشرط، وفي الإبراء معنى الإسقاط، وهو يَقْبَلُ التعليقَ، فاعتبَرْناه في شرطٍ غيرِ صريحٍ، كما إذا قالت: وَهَبْتُ مهرِي لك على أن تَهَبَ لي كذا، فلم يَهَبْهُ، فالمختارُ أن المهرَ باقٍ، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

وفي «الاختيار»: ولو قال: صالحتك من الألف على خمسمائةٍ تَدفعها إليّ غداً، وأنت بريء من الباقي على أنك إن لم تَدفعها غداً، فالألفُ عليك، فهو كما قال، لأنه صرَّح بالتقييدِ. ولو ادعى عبداً، فصالحه على غَلته شهراً لم يجز، وعلى خدمته شهراً يجوز، لأنها معلومة، والغَلةُ مجهولةٌ غيرُ مقدورةِ التسليم؛ لأنها لا تجب إلا بَعدَ الإجارة والعَمَلِ.

---

(١) أي عملًا بالعرف.

(٢) بأن قال: أد إلى خمسمائة على أنك برئ من الفضل، ولم يوقت.

(ولو صالح أحدُ الشريكين) في دينٍ اشتركا فيه على السواء (عن نصيبه بثوبٍ: فشريكُه إن شاء أَخَذَ منه نصفَ الثوبِ)؛ لأن الصلح وَقَعَ على نصف الدينِ، وهو مشاع، ولو كان المقبوضُ كله للمصالِحِ بلا إجازة الآخَرِ لزم قسمةُ الدَّين قبل القبض، وهي غيرُ صحيحةٍ؛ لأن المقبوضَ أَرْجَحُ من الدَّين، فلشريكه حقُّ المشارَكةِ في المقبوض.

(إلا أن يعطيَه) أي المصالح لشريكه (رُبعَ الدَّين) فلا يكون له سبيل على الثوب، لأن حقه في الدين لا في الثوب.

(وإن شاء) الشريكُ (اتَّبَعَ المديونَ بنِصْفِه) أي بنصف الدينِ؛ لأن حقه[١] كان عليه[٢]، ولم يَستَوْفِه، فبَقِيَ في ذمته[٣].

قيدنا بـ«كون المصالح عنه ديناً»؛ لأنه لو كان الصلح عن عينٍ مشترَكةٍ يَخْتَصُّ المصالِحُ ببدل الصلح، وليس لشريكه أن يُشَارِكَه فيه لكونه معاوضةً من كل وجه؛ لأن المصالَحَ عنه مَالٌ حقيقةً، بخلاف الدينِ، فإنه حين القبضِ يكون مالاً.

وقيد بـ«كون المصالح عليه ثوباً» مراده[٤] منه خلافُ جنسِ الدينِ، لأنه لو صالحه بجنسه ليس للمصالِحِ فيه خيار، بل لشريكه أن يشاركَه فيما قَبَضَه، أو يرجعَ على المديون؛ لأنه بمنزلةِ قَبضِ بَعضِ الدَينِ. ولو أراد القابضُ أن يَخْتَصَّ بما قَبَضَه، ولا يرجعَ عليه شريكه. فالحيلة فيه أن يَهَبَه الغريمُ[٥]، قَدرَ دَينه، وهو يُبْرِءُه عن دينه.

---

(١) شريك.

(٢) مديون.

(٣) مديون.

(٤) مصنف.

(٥) مديون.

(ولا يجوز صلحُ أحدِهما) أي أحدِ الشريكين **(في السَّلَمِ على أَخْذِ نصيبه من رأس المال)** فيتوقف على إجازة صاحبه، فإن أجازه نَفَذَ عليهما، ويكون المقبوضُ بينهما. وكذا ما بقي[1] من السلم. وإن رده يبطل، ويبقى السلم كما كان.

وقال أبو يوسف: يجوز الصلحُ، وله[2] نصفُ رأسِ المالِ، وصاحبُه إن شاء شاركه فيما قَبَضَ، وإن شاء اتَّبَعَ المطلوبَ بنصفه إلا إذا تَوَى عليه، فيرجع على شريكه.

قيد بـ«رأس المال»؛ لأنه لو صالحه على غيره لا يجوز اتفاقاً، لما فيه من الاستبدال بالمسلَم فيه.

له: إن تَصَرَّفَ في خالص حقه، فيجب أن يَنْفُذَ، كما لو اشتريا شيئاً، فأَقَالَ أحدُهما نصيبَه.

ولهما: أن هذا تَصَرُّفٌ في إبطال العَقدِ، وهو إنما انعقد بهما، فلا ينفرد أحدُهما بإبطاله، لأن كلًّا منهما كشَطر العلةِ، فلا يَرْتَفِعُ العَقدُ إلا برفعهما، بخلاف الإقالةِ، لأن العينَ أصل لوجود عَقدِ البَيع، حتى لم يجز، إلا بوجودها، فتكونُ أصلاً في رفعه، فتكون الإقالةُ تَصَرُّفاً في حُكم العَقدِ لا إبطالاً له.

(وإن صالح الورثةُ بعضَهم من نصيبه بمالٍ أعطَوْه) أي المالَ **(والتركةُ)** الواو للحال، أي والحال أن التركةَ **(عُرُوضٌ: جاز)** صُلحهم **(قَليلاً ما أعطَوْه)** أي قليلاً ذلك المالُ المعطى من نصيبه أو **(كثيراً)**؛ لأنه[3] في معنى البيع، ويجوز بيعُ العقارِ والعروضِ بالقليلِ والكثيرِ. وعثمان رضي الله عنه صالح تُمَاضِرَ امرأةَ عبدِ الرحمن ابن عَوف عن رُبع الثمنِ، وكان له أربعُ نسوةٍ على ثمانين ألفَ دينار بمحضَرٍ من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكيرٍ.

---

(١) وهو طعام.

(٢) مصالح.

(٣) صلح.

قيل: لو كان الأَعْيَانُ مجهولةً لا يصح الصلحُ؛ لأنه بَيْعٌ، وبَيْعُ المجهولِ غيرُ صحيحٍ، لكنَّ الأصحَّ أنه صحيح؛ لأن الجهالةَ فيه غيرُ مُفْضِيةٍ إلى المنازعة؛ لأنها في يد بقية الورثة، فلا يحتاج فيه إلى التسليم، حتى لو كان الأعيانُ كلُّها أو بعضُها في يد المصالِح لا يجوز حتى يصيرَ جميعُ ما في يده معلوماً للحاجة إلى التسليم، كذا في «شرح الوافي».

(**وكذلك**) أي يجوز صلحهم (**لو كانت**) التركةُ (**أحدَ النقدَيْنِ، فأَعْطَوْه خلافَه**) أي خلافَ ذلك الأَحد بأن كانت التركةُ فضةً، فأعطوه ذَهَباً، أو كانت ذَهَباً فأعطوه فضةً يجوز قليلاً ما أعطوه أو كثيراً؛ لأنه بيعُ الجنس بخلافه، لكن يشترط التقابضُ في المجلسِ؛ لأنه صَرْفٌ.

(**وكذلك**) أي يجوز صلحهم (**لو كانت**) التركةُ (**نقدَيْنِ، فأَعْطَوْه منها**) أي من النقدين، ويُصْرَفُ كلُّ واحدٍ منهما إلى خلافِ جنسه، كما مر في البيوع.

(**ولو كانت**) التركةُ (**نَقْدَيْنِ وعُرُوضاً، فصالحوه على أحد النقدين، فلا بد**) لجواز هذا الصلح (**أن يكون**) ما أعطوه (**أكثرَ من نصيبه من ذلك الجنس**) الذي أعطوه منه، ليكون قدرُ نصيبه مقابلاً بمثله، والزائدُ عليه بحقه من بقية التركة، وذلك لأن الصلح لا يجوز بطريق الإبراء؛ لأن التركة أعيانٌ، والبراءةُ عن الأعيانِ لا يجوز، لكن لا بد من التقابض فيما يقابل النقدين. هذا إذا تصادقوا على كونه وارثاً، وإن صالحوه على تقدير الإنكار يجوز كيف ما كان؛ لأنه لا يكون في معنى البيع.

(**ولو كان بدلُ الصلحِ عَرْضاً**) في هذه الصورة[1]: (**جاز مطلقاً**) أي سواء كان الْمُعْطَى قليلاً من نصيبه من ذلك الجنس أو كثيراً، لعدم الربا.

---

(١) وهي التي كانت التركة نقدين وعروضاً.

(وإن كان في التركة ديونٌ، فأخرجوه منها) أي المصالِح من الديون (على أن يكون) الديونُ (لهم: لا يجوز) الصلحُ؛ لأن فيه تَـمليكَ الدين الذي هو حصةُ المصالِح من غير من عليه الدينُ، وهم الورثة، فبطل، ثم تَعَدَّى البُطلانُ إلى الكل؛ لأن الصفقةَ واحدة، سواء بُيِّنَ حصةُ الدينِ أو لم يُبَيَّنْ عند أبي حنيفة. وينبغي أن يجوز عندهما في غيرِ الدين إذا بُيِّنَ حصتُهُ.

(وإن شَرَطُوا[١] بَرَاءَةَ الغُرَمَاءِ) من نصيبه من الدَّيْنِ (جاز)؛ لأن ذلك تمليكُ الدين ممن عليه الدينُ، وأنه جائز. وهذه حيلةُ الجوازِ، وله حيلتان أُخْرَيَانِ مذكورتان في «الوقاية»، لكن في كلها نوعُ ضررٍ للورثةِ، وإلا وجه من جميعها أن يَبيعوه كَفّاً من تمر أو نحوِه بِقَدرِ الدينِ، ثم يحيلهم على الغرماء.

وفي «الاختيار»: وإن كان على الميت دين لا يصالحوا، ولا يقسموا حتى يقضوا ديونَه، لتقدم حاجته، ولقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٢]، وإن قَسَمُوها[٣]، فإن كان الدينُ مستغرِقاً للتركة بطلت[٤]؛ لأنه لا مِلكَ لهم فيها، وإن كان[٥] غير مستغرِقٍ جاز استحساناً لا قياساً، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

---

(١) أي الورثة.

(٢) سورة النساء: ١١، ١٢.

(٣) تركة.

(٤) قسمة.

(٥) دين.

كتاب الشركة

وهو اختلاطُ النصيبين فَصَاعداً، بحيث لا تَـمَيُّزَ فيه، ثم يُطلَقُ اسمُ الشركة على العقدِ وإن[١] لم يوجد اختلاطُ النصيبين؛ لأن العقدَ سببُ الاختلاط.

ثبت جوازها بما روى قَيْسُ بنُ أبي السَّائِب أنه كان شريكَ النبي ﷺ في تجارة البزِّ[٢] والأدمِ، وكان ﷺ يقول في حقه: «شريكي وخيرُ شريكٍ لا يُـمَارِي» أي لا يجادل.

(وتكون) الشركةُ على نوعين:

١- نوعٍ (في الأَملاكِ).

٢- ونوعٍ (بالعقود).

(ففي الأملاكِ) أي الشركة في الأملاك (أن يملك الرجلان عيناً) بالإرثِ، أو الشراءِ، أو الاتهابِ[٣]، أو الاستيلاء[٤] عليها.

(وكلُّ واحدٍ منهما أجنبي في نصيب الآخرِ) حتى لا يجوزَ له أن يتصرفَ في نصيب صاحبه إلا بإذنه؛ لأنه كالأجنبي فيه لشريكه.

---

(١) وصل.

(٢) ثوب.

(٣) أي بقبول الهبة.

(٤) أي الغلبة.

(ويجوز له بيعُ نصيبه من شريكه وغيرِه) أي ومن غيره. ومن متعلق بـ«البيع» بغير إذنِ صاحبه؛ لأن ملكَ كلٍّ واحدٍ منهما قائم في نصيبه من كل وجه، فجاز له التصرفُ فيه مطلقاً. وكذا تثبت شركةُ ملكٍ إذا اختلط مالاهما، أو خَلَطَاهما، بحيث يَعسُرُ التميزُ كَخَلْط البُرِّ بالشعير، لكن لا يجوز بيعُ نصيبه من غيرِ شريكِه في هاتين الصورتين، إلا بإذن شريكه؛ لأن في الخَلط زال ملكُ المخلوطِ إلى الخالِطِ، لوجود التَّعَدِّي منه. وفي الاختلاطِ شُبْهَةُ زواله إلى شريكه، فصار سَبَبُ الزوال ثابتاً من وجه دون وجهٍ، فصار نصيبُ كلٍّ زائلاً إلى الشريك في حق البيعِ من الأجنبي غير زائل في حق البيعِ من الشريك عَمَلاً بالشَّبَهَيْنِ[١]. وهذا أولى من عكسه[٢]؛ لأن التصرفَ مع الشريك أَسْرَعُ نَفَاذاً من التصرفِ مع الأجنبي بدليل جواز تمليك مُعْتَقِ البعضِ من الشريك دون الأجنبي، فلم يجز بيعُ نصيبه من الأجنبي إلا برضاء شريكه، كذا في «الكفاية».

(وشِركةُ العقودِ) فركنها: الإيجابُ بأن يقول: شاركتك في كذا، والقبولُ بأن يقول الآخرُ: قَبِلْتُ كما ستقف عليه.

وشرطها: أن يكونَ المعقودُ عليه قابلاً للوكالة، حتى لا يجوزَ على الاحتطابِ والاحتشاشِ، فإن الشركةَ فيهما غيرُ جائزةٍ، لعدم جواز التوكيل فيهما؛ إذ التوكيلُ إثباتُ ولايةِ التصرف فيما إذا كان ثابتاً للموكل، ولم يكن ثابتاً للوكيل، والاحتطابُ ثابت للوكيل قبل التوكيل، فكان عملُ الوكيل واقعاً لنفسه، كمن وكَّل بالاتهابِ، والاستقراضِ إذا اتهَبَ، أو استَقرَضَ مطلقاً أي لم يقل: لفلان وقع الفِعلُ للوكيل دون الموكل، كذا في «المحيط».

ثم اعلم أن شركةَ العقود أنواعٌ أربعة:

---

(١) أحدهما: ثبوت سبب زوال الملك، والآخر: عدمُ ثبوته.

(٢) وعكسه أن يصيرَ نصيبُ كل غيرَ زائل إلى الشريكِ في حق البيع من الأجنبي وزائلًا في حق البيع من الشريك.

أحدها: (**مفاوَضَةٌ**) بأن يفوِّضَ كل منهما التصرفَ إلى صاحبه.

(و) ثانيها: (**عَنَان**) بفتح العين بأن تكونَ الشركةُ فيما ظَهَرَ لهما من مال الشركة، واشتقاقه من قولك: عَنَّ لي كذا إذا ظَهَرَ.

وفي «الإيضاح»: ظهورُ المال ليس بشرط وقتَ العقدِ، حتى لو دَفَعَ إلى رجل ألفاً، وقال له: أَخْرِجْ مثلَها، فَبِعْ واشتر بها، ففعل عند الشراء جاز الشركةُ.

(و) ثالثها: (**في الصنائع**) أي في الأعمال كالخَيَّاطَيْنِ إذا اشتركا كما سيجيء التفصيلُ.

(و) رابعها: (**بالوجوه**) بأن يَشْتَرِكا بلا مال، وسيأتي تفصيلُها.

وقال الشافعي: إنما تصح من الشركة شركةُ العَنان فقط. أما المفاوضة، فغير جائزة؛ لأنها تقتضي المساواةَ بينهما في التصرف، وهي غيرُ ممكنةٍ؛ إذ لا بد لكل منهما حصولُ مال غائب. وكذا يتضمن الكفالة لمجهول، وأنها فاسدة. وأما الأخريان، فلأن الشركة وُضِعَت لتثمير المال، وذا لا يتصور بلا مال.

ولنا: قوله ﷺ: «فَاوِضُوا، فإنها أعظم بركةً»، والقياسُ يُتْرَكُ به، وأن الشركةَ غيرُ مختصة بتثمير مال، بل قد تكون لتحصيله.

(**ولا بد فيها**) أي في شركة العقود (**من الإيجاب والقبول**)؛ لأنهما ركنها، وقد بينا.

(**فالمفاوضةُ: أن يتساويا في التصرفِ، والدِّينِ، والمالِ الذي تصح الشركةُ فيه.**

ولا تجوز[١] **إلا بين الحرَّيْنِ، البالِغَيْنِ، العاقلَيْنِ، المسلمَيْنِ، أو الذميَّيْنِ) وإن**[٢]

---

(١) مفاوضة.

(٢) وصل.

كان أحدُهما كتابياً، والآخرُ مجوسياً. وإنما شُرط التساوِي في هذه الأوصاف؛ لأن المفاوضةَ تقتضِي المساواةَ في التصرفِ، ولا تساوِيَ بين الحرِّ، والعبدِ، والبالغِ، والصبيِّ، والعاقلِ، والمجنونِ، والذميِّ، والمسلمِ في التصرفِ.

يُفهم من هذا الحَصْرِ أنها لا تصح أيضاً بين العَبْدَين، ولا بين الصبيين، ولا بين المكاتبَين، لعدم صحةِ الكفالةِ من هؤلاء، وهي من مَوَاجب التجارة.

وقال أبو يوسف: تجوز المفاوضةُ بين المسلمِ والكافرِ، لتساويهما في أهلية الوكالةِ والكفالةِ، وزيادةُ أحدِهما في التصرف لا يمنعها، كما أن المفاوضةَ جائزةٌ بين الحنفي والشافعي، مع أنه يتصرف في متروك التسمية عمداً دون الحنفي، لكن يكره، لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز، فربما يصير سبباً لوقوع المسلمِ في الحرام.

وعندهما: لا يجوز لانعدام التساوِي بينهما في التصرفِ، فإن الذميَّ لو اشترى برأس المال خمراً صح.

ولو اشتراها مسلم لم يصح، والشريكُ الشافعي يمكن إلزامُه بالدليل الشرعي في متروك التسمية؛ لأن ذلك مجتهد فيه، ولا كذلك الذمي؛ إذ ليس لنا ولايةُ الإلزام عليه.

والأصلُ في جوازها ما رويناه، وهو ﷺ: «فَاوِضُوا، فإنها أعظمُ بركة».

(ولا تصح) المفاوضةُ **(إلا بلفظة المفاوضة)**، بأن يقول أحدُهما: فوَّضتُ أمري إليك، وقَبِلَ الآخرُ؛ لأن هذه اللفظةَ مُغْنِيَةٌ عن تَعْدَادِ شرائطها.

(أو بِتَبْيِينِ جَمِيعِ مُقْتَضَيَاتِها) يعني لو لم يُذْكَرْ لَفظُ المفاوضةِ، وبَيَّنَا جميعَ مقتضاها بأن يشترطا تساوي المالِ، وأن يكون أحدُهما وكيلَ الآخرِ وكفيله، صح اعتباراً للمعنى[1].

---

(١) لأن العبرة للمعاني لا للصور.

(**ولا يشترط تسليمُ المالِ**)؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ لا يتعينان في العقودِ.

(**ولا**) يشترط (**خَلْطُهما**)؛ لأن المقصودَ الخَلطُ في المشتري، وكلُّ واحدٍ منهما يشتري بما في يده، بخلاف المضاربة، حيث لا بد فيها من التسليم، ليتمكن من الشراء.

وقال زفر: يُشترط خلطهما؛ لأن محل الشركة هو المال، والاشتراكَ إنما يحصل فيه بالخلط، ولهذا لو هلك مالُ أحدِهما قبل الخَلطِ هلك من نفسه.

(**وتنعقد**) المفاوضةُ (**على الوكالةِ، والكفالةِ**)؛ لأنها تقتضي المساواةَ فيما هو من مواجب التجارة.

فإن قلتَ: كيف جازتا مع جهالةِ المكفولِ له، والموكل به؟

قلنا: لم تكونا جائزتين مع الجهالةِ مقصوداً، وإنما جازتا هنا في ضِمن العقدِ، فكم من شيء يَثبت ضِمناً[1]، ولا يَثبت قَصداً.

(**فما يشتريه أحدُهما يكون**) الْمَشْرِيُّ (**على الشركةِ**)، لقيامه مقام الآخَرِ في التصرف (**إلا طعامَ أهله**) وهو مُتناول للإدام (**وكسوتَهم**) وكسوةَ نفسِه أيضاً، فإنها تكون خَاصَّةً له، وكان القياسُ أن تدخل في الشركة؛ لأنها من عقود التجارة، إلا أنهم استحسنوا باستثنائها؛ لأن كلًّا منهما[2] هو العالمُ بحاجته الراتبة[3] من الطعامِ والكسوةِ، ولا يَقصِدُ أن يكونَ ذلك على شركة عادة، والاستثناءُ المعلومُ بدلالة الحالة، كالاستثناء المشروطِ بالقَالِ.

(**وللبائع مطالبةُ أيهما شـاء**) من المفاوِضَين (**بالثمن**). أما من المشتري،

---

(١) كما في شفعة الدار تثبت في بنائها ضمناً لا قصداً.

(٢) شريكين.

(٣) أي الثابتة.

فبالأَصَالَة، ومن صاحبه، فبالكفالة. ويرجع الكفيلُ على المشتري إن أَدَّى من مال الشركة بقدر حصته؛ لأن الثمن كان عليه خاصةً.

(**وإن تكفل**) أحدُ المفاوِضَين (**بمال عن أجنبي**) بإذن المكفول عنه (**تلزَم**) الكفالةُ (**صاحبَه**).

وقالا: لا تلزمه.

قيد بـ«الكفالة» بالمال؛ لأن كفالتَه بالنفسِ لا تَلزم شريكَه اتفاقاً.

وقيدنا بقولنا: «بإذن المكفول عنه»؛ لأنها لو لم تكن بإذنه لا تَلزم صاحبَه اتفاقاً، كذا في «الاختيار».

لهما: أن الكفالةَ تبرعٌ، وتبرعُ أَحَدِ المفاوِضَين لا يلزم الآخَرَ.

ولأبي حنيفة: أن الكفالة تبرع ابتداءً، لكنها تجارةٌ بقاءً، لكونها بأمرِ المكفول عنه.

وفي «الاختيار»: وضمان الغَصبِ والاستهلاكِ كالكفالةِ؛ لأنه مُعَاوضةٌ انتهاءً. وكذا ما يلزم أحدَهما من الديون بسببٍ تصح فيه الشركةُ كالبيعِ، والإجارةِ، ونحوِهما يَلزَمُ شريكَه، وما لزمه بسبب لا تصح فيه الشركةُ لا يَلزَمه كالنكاح، وبَدَلِ الخلعِ والصلحِ عن دم العمدِ ونحوِه.

(**وإن مَلَكَ أحدُهما**) أي أحدُ المفاوضين (**ما تصح فيه الشركةُ**) كالدراهم والدنانير بأن وَرِثَها، أو وُهِبَت له وقَبَضَها (**صارت**) المفاوَضةُ (**عَناناً**) لفوات شرطها، وهو المساواةُ فيما يصلح رأسَ المال ابتداءً وبقاءً، وهي ليست بشرط في العَنان، فيصير عَناناً. ولو ملك مَا لاَ تصح فيه الشركةُ، كالعروضِ، والعَقارِ، والديونِ لا تَبطل المفاوضةُ؛ لأن ذلك لا يُبطِلها في الابتداء، فكذا حَالةَ البقاءِ.

(**وكذا**) تصير المفاوضةُ عَناناً في (**كل موضعٍ فَسَدَت المفاوضةُ، لفواتِ شَرطٍ لا يشترط**) ذلك الشرط (**في العَنان**) لما قلنا.

(**ولا تنعقد المفاوضةُ، والعَنانُ إلا بالدراهِمِ، والدنانيرِ، وتِبْرَيْهِمَا إن جرى التعاملُ به**) أي بالتِّبْرِ، وهو ما يكون غيرَ مضروب.

قيد بقوله: «إن جرى»؛ لأنه ذُكر في «المبسوط» أن التبرَ يَصلح أن يكون رأسَ مالِ الشركةِ؛ لأنها مخلوقةٌ للثمنية.

وذُكِرَ في «الجامع الصغير»: أنه بمنزلة العروضِ.

قال صاحب «الهداية»: هذا هو الأصحُّ؛ لأنها وإن[1] خُلِقَت للتجارة، لكنَّ الثمنية يختصُّ بالضَربِ الـمَخْصُوصِ، ولهذا قبل الضرب يصرف إلى شيء آخرَ من صِيَاغة الخاتم وغيرِه وبعده[2] لا يُصْرَف ظاهراً، فيُعتبر فيه[3] العُرفُ إن جَرَى التعامُلُ باستعمال التِّبْرِ ثمناً يكون كالمضروب، وإن لم يَجْرِ يكون كالعروض.

وفي «الاختيار»: وإن كان لأحدهما دراهمُ، وللآخِرُ دنانيرُ، أو لأحدِهما سُودٌ، وللآخر بيضٌ جازت المفاوضةُ إن استوت قيمتهما؛ لأنهما جنسٌ واحدٌ من حيث الثمنيةُ. وإن تَفَاضَلاَ في القيمة لا تصح مفاوضةً، وتصير عَناناً لما تقدم. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز وإن[4] استَوَيَا في القيمةِ، وهو قولُ زفر؛ لأن الشركةَ يُنْبِئُ عن الخَلطِ، ولا اختلاطَ مع اختلاف الجنس.

وجوابه: أنهما جِنْسٌ واحدٌ من حيث الثمنيةُ نظراً إلى المقصود.

---

(١) وصل.

(٢) ضرب.

(٣) تبر.

(٤) وصل.

(وبفلوسٍ رائجةٍ) عند محمد، لأنها تَـرُوجُ كالأثمان، حتى لا يتعين عنده.

وقالا: لا يجوز، لأن الثمنيةَ ليست بلازمةٍ لها، وإنما ثَبَتَ رَوَاجُها بالاصطلاح، وإذا تَبَدَّلَ تصير سِلعَةً، فلا تَصلح أن تكون رَأسَ المالِ.

(ولا تصح) الشركةُ (بالعُروضِ) أي بِكَوْنِ مالهما عروضاً، وهو جمعُ عَرض بسكون الراء، ويجوز تحريكها قليلاً.

وفي «الصحاح»: العروضُ الأمتعةُ التي لا يَدخلها كيلٌ، ولا وزنٌ، ولا يكون حَيَوَاناً، ولا عقاراً، لأن أولَ تصرُّفٍ في العروضِ بعد الشركة يكون بَيعاً، فلم يصح أن يَبيعَ أحدٌ مالَه على أن يكونَ الآخَرُ شريكاً في الثمن، بخلاف النقدين، فإنه أول تصرف يقع بعده يكون شراءً، وجاز أن يشترِيَ إنسان بماله شيئاً على أن يكونَ بينه وبين غيره.

(إلا أن يبيعَ أحدُهما نصفَ عَرْضِه بنصفِ عَرْضِ الآخَرِ، إذا كانت قيمتُهما على السواء) حتى يصير مَالُ كلٍّ منهما مشتركاً بينهما شركةَ مِلك (ثم يَعقدَانِ الشركةَ) على قيمتهما مفاوضة أو عناناً. ولو كان بينهما تفاوت في القيمة بأن يكونَ قيمةُ أحدِهما مائةً مثلاً، وقيمةُ الآخَرِ أربعمائة يبيع صاحبُ الأقل أربعةَ أخماسِ عَرضِه بخمسِ عَرضِ الآخَرِ، فيصيرُ المتاعُ كله بينهما أخماساً، ويكون الربح بينهما على قَدرِ رأسِ مالهما، وإنما تبايعا على هذا الوجهِ ليكونَ نصفُ عَرضِ كل منهما مضموناً على صاحبه، فيكون الربحُ من مالهما ربحَ مال مضمون. ولو لم يتبايعا على هذا الوجه، لكان عرضُ كلٍّ منهما غيرَ مضمون عند صاحبه، فيكون ربح مال صاحبه ربح ما لم يضمن، فلا يجوز.

في «الاختيار»: وتصح الشركة بالمكيلِ، والموزونِ، والمعدودِ المتقارِبِ إذا خَلَطَا واتحد الجنسُ، وما رَبِحَا فلهما، والوضيعةُ عليهما.

وذكر الكرخي: أن عند أبي يوسف: هي شركةُ أملاك، لأنها ليست بأثمانٍ، فلا يصح التفاضلُ في الربح.

وعند محمد: يصح شركة عَقدٍ بالخَلْطِ؛ لأنها تَصلح ثمناً لوجوبها ديناً في الذمة، إلا أن قبلَ الخَلطِ لا يتحققُ الوكالةُ، فإنه لو قال: اشتر بحنطتك شيئاً على أن يكون بيننا لا يصح، لأن توكيلَ الغيرِ ببيع ملك نفسِه لا يجوز، وبعد الخلطِ يتحققُ الوكالةُ، فصحت الشركةُ.

(وشركةُ العَنان تصح مع التفاضل في المال، والتساوي في الربح إذ عَمِلا) وكذا تصح مع التساوي في المال، والتفاضل في الربح. أما إذا عمل أحدهما، ولم يعمل الآخر، فلا تصح، إلا إذا شرطا زيادة الربح للعامل، كما صرحه المصنف بقوله.

(أو شَرَطَا زيادةَ الربحِ للعامل) وقال زفر: لا تصح، لأن الربحَ فَرعٌ للمال، فيكونُ بقدرِ الشركةِ في الأصل[1].

ولنا: قوله ﷺ: «الربحُ على ما شَرَطَا، والوضيعة[2] على قدر المالين».

وفي «الخانية»: شَرْطُ التفاضُلِ في الربح مع تَسَاوِي المالين، إنما يصح إذا شُرِطَ العملُ عليهما، أو على من شُرِطَ له فَضلُ الربح. وإن شُرِطَ العَمَلُ على أقلهما ربحاً لا يجوز، فالربح لهما على قدر مالهما؛ لأن الربح لا يستحق إلا بمال أو بضمانِ عملٍ، وليس لصاحبِ فضلِ ربحٍ فَضْلُ مالٍ، ولا ضمانُ عَمَلٍ.

(وإذا تَفَاوَتَا في المالِ، وشَرَطَا التساوِي في الربحِ والوضيعةِ) أي الخسران **(فالربحُ على ما شَرَطَا، والوضيعةُ على قَدْرِ المالِ)**؛ لأن كلًّا منهما أمين على الآخرِ،

---

(١) وهو المال.

(٢) أي الخسران.

وشرطُ زيادة الوضيعةِ على أحدهما يكون تضميناً للأمين، وذا لا يجوز. وإنما لم يؤثر هذا الشرط في بطلان الشركةِ، لأنه شرطٌ تَعَلَّقَ المعقودُ عليه لا العَقد.

(والربحُ يُستحقُّ بالعقدِ لا بالعَمَلِ) قال ﷺ: «الربح على ما شَرَطَا» من غيرِ فصلٍ[1].

(ويصح) العنان بأن يكون (من أحدهما دراهمُ، والآخر دنانيرُ) وإن[2] تَفَاضَلَا قيمةً، لعدمِ شرط التساوي فيها، وعدم شرط الخلط، وقد مر بيانه، والخلاف فيه.

(ويصح) العنان (في جميعِ أنواعِ التجارةِ، وفي بعضِها).

(وينعقدُ) العنان (على الوكالةِ)؛ لأن المقصودَ من الشركةِ، وهو التصرفُ في مال الغير لا يكون، إلا بها عند عدم الولايةِ (دون الكفالة) أي لا ينعقد على الكفالة؛ لأنها إنما تثبت في المفاوضة، لضرورة المساواةِ، والعنانُ لا يقتضيها.

(ولا تصح) الشركةُ (فيما لا تصح الوكالةُ به، كالاحتطابِ) أي كقطع الحطب (والاصطيادِ)؛ لأن التوكيلَ غيرُ جائز فيهما لما سبق في أوائل الكتاب.

وفي «الاختيار»: ومن ذلك اجتناءُ الثمارِ من الجبالِ، وحَفرُ المعادِنِ، وأَخْذُ الملحِ، والجَصِّ، والكُحلِ، وغيرِها من المباحات.

(وما جَمَعَه كلُّ واحدٍ منهما: فهو له)؛ لأنه مباح سَبَقَت يده عليه.

(وإن أعانه الآخرُ) أي الشريكُ الآخرُ في الاحتطابِ أو الاصطيادِ: (فله) أي للمُعِينِ (أجرُ مِثلِه) لفساد عَقدِ الشركة.

---

(١) بين العقد والعمل بأن يستحق الربح بالعمل، بل يستحق بالعقد لا بالعمل.

(٢) وصل.

وقال أبو يوسف: للمُعِينِ نصفُ قيمةِ الحاصِلِ من الحَطَبِ والصَّيدِ؛ لأنه رضي به، كما لا يتجاوزُ عن المسمى في الإجارة الفاسدة.

وقال محمد: له أجرُ مثله بالغاً ما بلغ؛ لأن قيمةَ الحطب مجهولةٌ، والرضاءُ بالمجهولةِ لغوٌ، فيسقط. وضع في إعانة أحدهما؛ إذ لو أخذه أحدُهما ولم يعمل الآخَرُ شيئاً، فهو للعامل، وإن أخذاه معاً، فهو بينهما نصفان من «الحقائق».

(**ولا يكون أحدُهما كفيلاً عن الآخر**) في العنان لما مر بيانه (**فلا يُطَالَبُ** أحدهما (**بما اشتراه**) الآخَرُ؛ لأنه لا يتضمن الكفالةَ.

(**وإن هَلَكَ المالان، أو أحدُهما قبلَ الشراءِ**) في شركةِ العنانِ: (**بطلت الشركةُ**)؛ لأنها عُقِدَت لاستنماء المال، فلا يُتَصَوَّرُ بعد هلاكه.

(**وإن اشترى أحدُهما بماله، وهلك مالُ الآخرِ، فالمشترَى**) أي المبيعُ (**بينهما على ما شَرَطَا**)؛ لأن عقدَ الشركة كان قائماً وقتَ الشراءِ، فلا يتغير حكمُه بهلاك المال الآخَرِ.

(**ويَرجعُ**) المشترِي (**على صاحبه بحصته من الثمن**)؛ لأنه اشترى نصفَه بالوكالة، ونَقَدَ الثمنَ من مال نفسه.

قيد بقوله: «إن اشترى أحدهما بماله، وهلك مال الآخر»؛ لأنه إن هلك مالُ أحدِهما، ثم اشترى الآخرُ كان ما اشتراه لمن اشتراه خاصةً؛ لأن الشركة بطلت، وبطل ما في ضِمنها من الوكالة، إلا أن يُصَرِّحَا بالوكالةِ في الشركةِ بأن ما يشتريه من جهة الوكالة يكون مشتَرَكاً بينهما، فحينئذ كان ما اشتراه مشتَرَكاً بينهما، ويكون شركةَ مِلكٍ لبطلانِ الشركةِ، لما مر، وبطلانُـها لا يوجب بطلانَ الوكالةِ المصرَّح بها، ويَرجعُ على شريكِه بحصتِه.

(ولا يجوز أن يَشْتَرِطَا لأحدِهما دراهمَ مسماةً من الربح)؛ لأن هذا الشرطَ مغيِّـرٌ موجَبَ الشركةِ؛ إذ لا يربح إلا ذلك القدرَ المسمى لأحدِهما.

(ولشريك العنان، والمفاوِضِ أن يوكِّل ويُبْضِعَ) أي يعطي من مال الشركة رجلاً، ويشترط أن يكون كل الربح لرب المال.

(ويضاربَ) أي يدفع المال مضاربة. وأما لو أخذه مضاربة، فإن كان ليتصرف فيما ليس من جنس تجارتهما، فهو له خاصة، وإن كان ليتصرف فيما كان من جنس تجارتهما، أو مطلقاً حالَ غيبةِ شريكِه يكون الربح مشتركاً بينهما، كذا في «المحيط».

(ويودِعَ، ويستأجِرَ) ويستقرِضَ؛ لأن كلًّا منها من توابع التجارة.

(وهو أميـنٌ في المـالِ)؛ لأنه قَبَضَه من المـالك بـإذنه لا على وجـه البدل والوثيقة، فصار كالوديعة، ولكن ليس لأحد شريكي العنان أن يرهَنَ ويرتَـهِنَ، وكان لأحد المفاوِضَينِ ذلك؛ لأنه كان يملك الإيفاءَ والاستيفاءَ من نصيب شريكه حقيقةً، فيملكه حُكماً، ولا كذلك شريكي العنان.

وفي «فصول الأستروشني» في أواخر الفصل الثلاثين: إذا دفع إلى رجل أرضاً بيضاءَ على أن يبني فيها كذا كذا بيتاً، وسمى طولها وعرضَها، وكذا كذا حُجرةً على أن ما يبني من ذلك، فهو بينهما، وعلى أن أصلَ الدار بينهما نصفان، فبَنَاهَا، كما شرط، فهو فاسد، وجميع ذلك لرب الأرض، وعلى رب الأرض للباني قيمةُ ما بناه يومَ بَنَاهُ، وأجرُ مثله فيما عَمِلَ إلى هنا كلامه.

وحيلة الجواز: أن يبيع الباني نصف البناءِ من صاحب الأرض بنصف الأرضِ.

وفي «المحيط»: لو اشترى أحد شريكي العنان ما هو من جنس تجارتهما، وأَشْهَدَ عند الشراء أنه يشتريه لنفسه، فهو مشترَك بينهما؛ لأن كل واحد منهما فيما

كان من جنس تجارتهما في النصف بمنزلة الوكيل بشرى العين، والوكيلُ بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتري لنفسه إذا لم يشتره بالعروض، أو بخلاف جنس الثمن الذي سماه الموكلُ، فكذا هذا.

ولو اشترى شيئاً ليس من تجارتهما، فهو له خاصة.

ولو أقال أحدهما فيما باعه الآخر جاز الإقالة؛ لأنها بمعنى البيع في تحصيل الربح؛ لأنه يتحقق بالبيع وبالإقالة أخرى.

وفي «الاختيار»: وليس له أن يشارك؛ لأن الشيء لا يستتبع مثله، فلو شارك المفاوِض عناناً جاز عليهما؛ لأنه دون المفاوضةِ. ولو فَاوَضَه جاز بإذن شريكه، فإن لم يأذن ينعقد عناناً؛ لأن الشيء لا يستتبع مثلَه. فإذا أجاز المفاوضة كانت شركةً مبتدأةً، وإلا فهي عنان؛ لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره، وهذا دونه، فيجوز كالمضارب له أن يوكل، وليس له أن يضارب.

(**وشركة الصنائع**) وتسمى شركة التقبل، وهي (**أن يشترك الصانعان**) سواء (**اتفقا في الصنعة**) كالخياطين (**أو اختلفا**) فيها كخياطٍ، وصباغٍ (**على أن يتقبَّلا الأعمالَ، ويكونَ الكسبُ بينهما**) نصفين يجوز.

وقال زفر: لا يجوز مع اختلاف الصنعة لعجز كل منهما عن الصنعة التي يتقبلها شريكه.

ولنا: أن صحة هذه الشركة باعتبار الوكالة، والتوكيلُ بتقبيل العمل صحيح، والعملُ ليس بلازم على الموكل، فله أن يُقِيمَه بأجرةٍ.

(**أو**) يكون الكسبُ بينهما (**متفاضلاً، مع استواء العمل: فيجوز**)؛ لأن هذا الربح بدل العمل، وهو متفاوت في القيمةِ، فيصح التفاوتُ في بدله.

(وما يتقبَّله أحدُهما) من العمل **(يَلْزَمُهُمَا)**؛ لأنه يقبله لنفسه بالأصالة، ولشريكه بالوكالة.

(فيطالَبُ كلُّ واحدٍ منهما بالعمل)؛ لأن العملَ هنا كالثمنِ في الشركةِ في المالِ، فكما يَرجع على شريكه هناك بالثمن يرجع عليه هنا بالعمل، لكن رجوعه إنما أمكن قبل العمل؛ إذ بعد الفراغِ منه امتنع تضمينه.

(ويطالِب) بكسر اللام **(بالأَجرِ)** أي لكل منهما أن يطالِبَ أجرةَ العملِ، والدافعُ إلى أيهما دَفَعَ بَرِئَ.

(وشركةُ الوجوه جائزةٌ) وتسمى شركة الْمَفَالِيسِ **(وهي أن يَشْتَرِكَا على أن يشتريا بلا نقد الثمن، بل بوجوههما)** أي بسبب وجاهتهما بأن يأمنَ الناسُ عليهما لديانتهما وصَدَاقتهما.

(ويبيعا) سميت بذلك؛ لأن الشراء بالنسيئةِ إنما يكون لمن يكون له وِجَاهةٌ عند الناسِ، والتعاملُ بذلك جاز بين الناسِ من غير نكيرٍ.

(وتنعقدُ على الوكالةِ) لما سبق بيانه في العنان. وهذا عند الإطلاق. ولو شَرَطَا الكفالةَ أيضاً جاز، ويكونُ مفاوضةً؛ لأنه يمكن تحقيقُ ذلك، لكن عند الإطلاق يُصْرَفُ إلى العنان؛ لأنه أدنى.

(فإن شَرَطَا على أن المشترَى) أي المبيعَ يكون **(بينهما)** نصفين أو أثلاثاً **(فالربحُ)** يكون **(كذلك، ولا تجوز الزيادةُ فيه)** أي في الربح؛ لأن استحقاقَ الربح في هذه الشركة بالضمان، والضمانُ بقدر الملك في المشترَى، فكان الربحُ الزائدُ عليه ربحَ ما لم يَضمَن، وذا غيرُ جائز بخلاف العنان، فإن استحقاقَ الربح ثمة باعتبار العمل لا باعتبار المال.

(وإن اشتركا، ولأحدهما بَغْلٌ، وللآخر راويةٌ يَستقي الماءَ: لا تصح) الشركةُ لانعقادِها على إحراز المباح.

(والكسبُ للعاملِ)؛ لأنه هو الْمُحْرِزُ، (وعليه) أي على العامل (أجرةُ بغل الآخَرِ) إن كان هو صاحب راويةٍ (أو) يؤدي أجرةَ (راويتِه) إن كان صاحب بغل؛ لأنه قد انتفع بملك الغير بعقدٍ فاسدٍ، فيلزمه أجرته.

(والربحُ في الشركةِ الفاسدةِ: على قَدْرِ المالِ، ويَبطلُ شَرْطُ الزيادةِ) لأحدهما؛ لأن العقدَ لَمَّا فَسَدَ فَسَدَ ما هو المشروطُ فيه، فيبقى الاستحقاقُ بقدر المالِ.

(وإذا مات أحدُ الشريكين، أو لَحِقَ بدار الحرب مرتدّاً) وحكم القاضي بلحاقه (بطلت الشركةُ) لبطلان الوكالةِ الكائنةِ في ضِمنها، سواء عَلِمَ الشريكُ مَوتَ شريكه أوّلاً؛ لأنه عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، بخلاف العزل القصدي، فإنه موقوف على العلم.

قيدنا بقولنا: «وحكم»؛ لأنه لو لم يحكم لما بطلت الشركة، لعدم بُطلان الوكالة بمجرد اللحاق ما لم يقض بلحوقه.

(وليس لأحد الشريكين أن يؤديَ زكاةَ مالِ الآخرِ إلا بإذنه)؛ لأنه نائب عن صاحبه في التجارة، لا في أداء الزكاةِ.

(فإن أَذِنَ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه) أن يؤدي الزكاةَ (فَأَدَّيا معاً: ضَمِنَ كلُّ واحدٍ نصيبَ شريكه) مطلقاً أي علم بأداء صاحبه أو لا عند أبي حنيفة.

وعندهما: إن علم.

(وإن أدَّيا متعاقِباً: ضَمِنَ) المؤدِّي (الثاني للأول) أي للمؤدِّي الأولِ (عَلِمَ بأدائه) أي علم المؤدي الثاني بأداء الأول (أو لم يَعْلَمْ) عنده.

(وقيل: إن لم يَعلَم) الثاني أداءَ الأولِ **(لا يَضمنُ)** وهو قولهما أيضاً؛ لأنه مأمورٌ بالدفع إلى الفقير، وقد فعل.

وله: أنه مأمور بالدفع إليه زكاةً، والمدفوعُ لم يقع زكاةً، فكان مخالفاً، ولأنه أَمَرَه بأداءٍ يُخْرِجُه عن العُهْدَةِ، ولم يوجَد، فكان مخالفاً، فيَضْمَنُ.

❊ ❊ ❊

كتاب المضاربة

وهي من الضَّرْبِ في الأرض، وهو السير، قال الله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾[١]، أي يسيرون للتجارة.

وفي الشرع: عبارة عن دفع المال إلى الغير ليتصرف فيه، ويكون الربحُ بينهما على ما شَرَطَا. سُمي العقدُ بها[٢]؛ لأن المضارِبَ يسيرُ لطلب الربح غالباً.

روي أن العباس رضي الله عنه دفع ماله مضاربةً، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأجازه.

وعن عمر رضي الله عنه: أنه دفع مال يتيم مضاربةً، وعليه الإجماعُ.

(المضارِبُ شريكُ ربِّ المالِ في الربحِ، ورأسُ مالِهِ) أي المضارب **(الضَّرْبُ)** أي السيرُ **(في الأرضِ)**؛ لأنه لو لم يكن[٣] شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما سيأتي.

(فإذا سَلَّمَ) ربُّ المال **(رأسَ المالِ)** إلى المضارب: **(فهو)** أي المالُ **(أمانةٌ)** في يده؛ لأنه قَبَضَه بأمر مالكه، لا على وجه البدل، كالمقبوضِ على سوم الشرى، ولا على وجه الوثيقة كالمرهون.

(فإذا تصرَّف) المضاربُ **(فيه)** أي في المال **(فهو وكيلٌ)**؛ لأن تصرُّفَه مضاف إلى أمر المالك.

---

(١) سورة المزمل: ٢٠.

(٢) أي بالمضاربة.

(٣) أي المضارب.

(**وإذا رَبِحَ: صار شريكاً**) لاستحقاقه جزءًا من الربح بالعمل.

(**فإن شَرَطَ**) ربُّ المال (**الربحَ للمضاربِ: فهو قَرْضٌ**)؛ لأن كل الربح لا يُـمْلَكُ إلا بملك رأسِ المال، فلمَّا شَرَطَ له جميعَ الربح، فقد ملكه رأسَ المالِ.

ثم قوله: «مضاربةً» شَرْطٌ لرده، فيكون قرضاً.

(**وإن شَرَطَه**) أي إن شَرَطَ المضاربُ الربحَ (**لرب المال: فهو بِضَاعةٌ**)؛ لأن هذا معناها عُرفاً وشرعاً.

(**فإذا فَسَدَت المضاربةُ: فهي إجارةٌ فاسدةٌ**)؛ لأن المضاربَ عامل لرب المال، وما شُرِطَ له كالأجرة على عمله، ومتى فَسَدَت ظَهَرَ معنى الأجرة، فيستحق أجرَ مثله، لما مر.

(**وإذا خالفه**) أي المضاربُ ربَّ المال فيما شَرَطَه: (**صار**) المضاربُ (**غاصباً**) لوجود التعدِّي منه إلى غيره.

(**ولا تصحُّ**) المضاربةُ (**إلا بما تصح به الشركةُ**)، فلا تجوز في الاحتطاب، ولا في غيره من المباحات؛ لأن المضاربةَ متضمنة للوكالةِ، والمباحُ لا يَقبَل التوكيلَ فيه، لما مر بيانه في الشركةِ.

(**ولا تصح**) المضاربةُ (**إلا أن يكون الربحُ بينهما مُشاعاً**) أي غير مقسوم بأن يكون أثلاثاً، أو مُنَصَّفاً أو نحوَهما.

(**فإن شَرَطَا لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ: فَسَدَت**) المضاربةُ؛ لأنه قد يحصل فيها ذلك المقدارُ فقط، فتَنقَطعُ الشركةُ في الربحِ.

اعلم أن كل شرط يقطع الشركة في الربح، كشرط دراهمَ مسمَّاةٍ لأحدِهما، أو يوجب جهالةَ الربحِ يُفسِدها. صورتها: اشترط المضاربُ أن يدفع دارَه إلى رب

المال سنةً، ليَسكنَها، أو أرضَه ليَذرَعَها سنةً كانت المضاربةُ فاسدةً؛ لأنه جَعَلَ نصفَ الربح عوضاً عن عمله، وعن أجرة الدارِ والأرضِ، فكانت حصةُ العمل مجهولةً، فلم تصح؛ لأن الربحَ هو المعقودُ عليه، وجهالتَه توجب فسادَ العقدِ، وما عداه من الشروط الفاسدة التي تُفْسِدُ البيعَ لا تُفسدها[1]، بل يبطل ذلك الشرط.

(والربحُ) يكون (لرب المال)؛ لأنه نماءُ مِلكه (وللمضارب أَجرُ مِثله)؛ لأنه لم يَرْضَ بالعمل مَـجَّاناً، ولا سبيلَ إلى المسمى المشروطِ لفساده، فيُصَارُ إلى أجر المثل.

(ولا يُـجَاوَزُ به المشروطُ) عند أبي يوسف. وهكذا كل موضع لا تصح فيه المضاربةُ. وتجب الأجرةُ وإن[2] لم يعمل؛ لأن الأجيرَ يستحق الأجرةَ بتسليم نفسه، وقد سلَّم.

وعن أبي يوسف: أنه لا يستحق الأجرةَ، حتى يَرْبَحَ كالمضاربةِ الصحيحةِ.

وقال محمد: تجب الأَجْرُ وإن[3] لم يَرْبَحْ بالغاً ما بلغ؛ لأن تسليم العمل وُجِدَ منه، فيستحق الأجرَ.

(والمالُ أمانةٌ) في يد المضارب، كما لو كان العقدُ صحيحاً، أو لأنه أجير خاص.

(واشتراطُ الوضيعةِ) أي الخُسرانِ (على المضارب: باطلٌ)؛ لأنه تَصَرَّفَ في المال بأمره، فصار كالوكيل.

(ولا بد أن يكون المالُ مسلَّماً إلى المضارب) والتخلية أيضاً؛ لأنه لا يَقدر على العمل إلا باليد، فيجب أن تخلص يده فيه، وتنقطعَ عنه يَدُ ربِّ المالِ، حتى لو لم يسلِّمه، فاشترى المضاربُ به فربح، يكون الربحُ كله لرب المال، أو سَلَّمه،

---

(١) مضاربة.

(٢) وصل.

(٣) وصل.

وشرَط فيه أن يَعْمَلَ ربُّ المالِ تَفسد المضاربةُ لانعدام التخلية، فالمعتبر فيه عمل المالك لا العاقدِ، حتى لو دَفَعَ الأبُ أو الوصيُّ مالَ الصغير، وشَرَطَ عملَ نفسِه جاز؛ لأنهما من أهل أن يأخذَا مالَ الصغير مضاربةً بأنفسهما، فجاز اشتراطُ العمل عليهما. ولو شَرَطَ عملَ الصغير لم يجز؛ لأنه مالك. وكذا المأذونُ لو دفع ماله مضاربةً، وشَرَطَ عملَه مع المضارب لم يجز؛ لأن اليدَ المتصرِّفة ثابتةٌ له، فنَزَلَ منزلةَ المالك، كذا في «المحيط».

(**وللمضارب أن يبيعَ، ويشتريَ**) بالنقدِ والنسيئةِ (**ويُوَكِّلَ، ويسافرَ، ويُبضعَ، ويودعَ**) وكذا له أن يرهَن ويسترهِنَ (**ويؤجِرَ، ويستأجِرَ**)؛ لأن الربح إنما يَحْصُلُ بالتجارة، وكل ذلك من صنيع التجارة.

(**ولا يُضارِبَ**) أي لا يَدفع المضاربُ المالَ مضاربةً (**إلا بإذنِ ربِّ المالِ**) صريحاً (**أو بقوله: اعْمَلْ برأيك**) في المال؛ لأن الشيء لا يتضمن مثلَه إلا بالتنصيص[1] عليه، أو بالتفويض المطلق إليه، كما أن الوكيل ليس له أن يوكلَ غيرَه، إلا بما قلنا، إلا أنه لا يُقرِضُ، ولا يَهَبُ، ولا يَتَصَدَّقُ، إلا بتنصيص فقط، والتفويضُ لا يتناول هذه الأشياءَ؛ لأن الغرضَ منه التعميمُ فيما هو عادة التجار في الاسترباح، وهذه الأشياء تبرع مَحض، فلا يَتناولها.

فإن قلت: جاز للمكاتب أن يكاتب، وللمأذون أن يأذن، وللمستعير أن يعيرَ، فكيف تضمن هذه العقودُ أمثالَـها؟

قلنا: إنهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة، فالمكاتب والمأذون متصرِّف لنفسه، والمستعيرُ مالك للمنفعة.

---

(١) تصريح.

(وليس له أن يتعدَّى) أي ليس للمضارب أن يتجاوز **(البلدَ، والسلعةَ، والْمُعَامِلَ الذي عيَّنه ربُّ المالِ)**؛ لأن المضاربةَ توكيلٌ، وفي التخصيص فائدة لتفاوت الناس في المعاملة قضاءً واقتضاءً. ولو تجاوز عنه يكون متعدياً يَضمَن المالَ، ويكون ما في يده من ربحه له.

ثم قيل: يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود المخالفة.

وقيل: لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عودِهِ إلى البلد قبل الشراء، فإذا عاد زال الضمانُ، فصار مضاربةً على حاله بالعقد الأولِ كالمودَع إذا خالف، ثم عاد.

قيد بـ«البلد»؛ لأنه لو خَصَّها[1] بسوق منه لا يتقيد به؛ لأن البلد كبقعة واحدة، فتفاوت أسواقِه قليل، إلا إذا صَرَّحَ بالنهي بأن قال: اعمل في هذا السوق، ولا تَعمل في غيره.

المراد من تخصيص البلد: أن يقع التجارةُ فيه، حتى لو عامل مع غير أهله فيه جاز، كذا في «التبيين».

وفي «الاختيار»: وكذلك لو دفعه مضاربة في الصرف على أن يشتري من الصيارفةِ، ويبيعهم، فاشترى من غيرِهم جاز؛ لأن المرادَ النوعُ عرفاً.

(فإن وقَّت) رب المال **(لها)** أي للمضاربة **(وقتاً)** مُعيَّناً **(بَطَلَت)** المضاربةُ **(بِـمُضِيِّهِ)**؛ لأن التقييدَ بالزمان مُفِيد كتقييده بالنوعِ والمكانِ.

(ولا يُزَوِّجُ) المضاربُ **(عبداً، ولا أمةً)** من مال المضاربة؛ لأن ذلك ليس من التجارة.

---

(١) مضاربة.

(ولا يشتري) المضاربُ بمال المضاربة **(من يَعْتِقُ على رب المال)** بقرابة أو يمين كالمحلوف بعتقه؛ لأن الغَرَضَ من هذا العقدِ الاسترباحُ بتكرار التجارةِ، وهذا الشراء ينافيه.

(فإن فَعَلَ) أي إن اشترى من يَعتِق عليه: **(ضَمِنَ)** المضاربُ الثمنَ، ويكون المشتَرَى له؛ لأنه صار مشترياً لنفسه، وناقداً ثمنَه من مال المضاربة، فيضمنه كالوكيل بالشراء إذا خالف، كذا في «الاختيار».

(ولا مَن يَعتِقُ عليه) أي لا يشتري المضارب من يَعتِق عليه **(إن كان في المال ربحٌ)**؛ لأن نصيبَه يَعتِق عليه، ويَفسُد نصيبُ ربِّ المالِ، فينافي ما هو المقصودُ[1]. فإن اشتراه كان مشرياً لنفسه، فيَضمَن الثمنَ؛ لأنه أدَّاه من مال الغير.

وفي «التبيين»: المراد من كون الربح في المال أن يكون قيمةُ العبدِ المشتَرَى أكثرَ من رأس المال، سواء كان في جملةِ مال المضاربة ربح أو لا؛ لأنه إذا كان قيمةُ العين مثل رأس المال، أو أقل لا يَظْهَرُ مِلكُ المضارب، بل يُجْعَلُ مشغولاً برأس المال، حتى إذا كان رأسُ المال ألفاً، وصار عشرةَ آلافٍ، ثم اشترى المضاربُ من يَعتِق عليه، وقيمته[2] ألف، أو أقلُّ لا يَعتِق عليه؛ لأن كل واحدٍ مشغولٌ برأسِ المالِ.

(فإن لم يكن) في المال ربح **(فاشترى)** المضاربُ من يَعتِق عليه **(ثم رَبِحَ)** بازدياد قيمته عن رأس المال **(عَتَقَ نَصِيبَه)**؛ لأنه ملك لبعض قريبه، ولا ضمانَ عليه؛ لأنه لا صُنعَ له في ازدياد القيمة.

(وسَعَى العبدُ في قيمةِ نصيبِ ربِّ المالِ) لاحتباسِ ماليته عنده كالعبد الموروثِ إذا أعتق على أحد الورثة يسعى في نصيب الباقين.

---

(١) وهو الاسترباح.

(٢) حال.

(فلو دفع) ربُّ المالِ **(إليه)** أي إلى المضاربِ **(المالَ، وقال: ما رَزَقَ اللهُ بيننا: نصفانِ، وأَذِنَ له في الدفعِ مضاربةً، فدفع بالثلُثِ)** أي أعطى المال إلى آخَرَ على أن يكون ثلثُ الربح للمضارب الثاني، **(فنصفُ الربح لرب المال)**؛ لأنه شَرَطَ لنفسه نِصفَ الربح من جميع ما رزق الله، **(والسدسُ للأولِ، والثلثُ للثاني)**؛ لأن المضاربةَ الثانيةَ صحيحة، لكونها بإذن رب المال، فيكون ثلثُ جميعِ الربح للمضارب الثاني، فلم يَبْقَ للمضاربِ الأولِ إلا السدسُ.

(وإن دَفَعَ) المضاربُ **(الأولُ الثاني بالنصف)** بعد ما قال رب المال: ما رَزَقَ الله بيننا نصفان، **(فلا شيءَ له)** أي للمضارب الأول؛ لأن نصفَ الربح لرب المال، والنصفَ الآخَرَ للمضارب الثاني.

(وإن دَفَعَه) أي إن دَفَعَ المضاربُ الأولُ المالَ للثاني بعد شَرطِ ربِّ المال نِصفَ المرزوقِ له **(على أن للثاني الثلُثَين: ضمن الأولُ للثاني قَدرَ سُدُسِ الربح)**؛ لأنه شَرَطَ للثاني سلامةَ الثلُثَينِ من الربح، فاغْـتَـرَّ به[1] في ضمنِ العَقدِ، فيَغرَم الأولُ قَدرَ السُّدُسِ له، ليتم الثلثان، كمن استؤجر لخياطةِ ثوبٍ بدرهمٍ، فدفعه إلى من يخيطه بدرهمٍ ونصفٍ.

(فإن قال ربُّ المال) حين الدفع: **(ما رَزَقَكَ اللهُ فلِيَ نصفُه: فما شَرَطَه)** الأولُ من الثلثِ والنصفِ والثلُثَينِ **(للثاني: فهو له)** أي يكون ذلك المشروطُ للثاني عملاً بالشرطِ؛ لأنه ملكه من جهة رب المال **(والباقي)** من الثاني **(بين رب المال والأولِ نصفان)**؛ لأنه خاطبه بكاف الخطاب، فيكون الحاصلُ له بينهما نصفين.

وفي المسألة الأولى كان ربُّ المالِ شَرَطَ لنفسه نصفَ جَميع الربح، فافترقا.

---

(١) شرط.

وفي «الاختيار»: وكذلك إذا قال: ما ربحتَ، أو كسبتَ، أو رُزقتَ، أو ما كان لك فيه من فضلٍ أو ربحٍ، فهو بيننا نصفان، فإنه يُطلَق إلى ما بعد شرطه للثاني لما بينا.

ولو قال: على أنَّ ما رزق الله بيننا نصفان، فدفعه إلى آخر بالنصف، فدفعه الثاني إلى ثالثٍ بالثلث، فالنصفُ لرب المال، وللثالثِ الثلثُ، وللثاني السدس، ولا شيء للأول؛ لأنه لَمَّا شَرَطَ النصفَ للثاني انصرف إلى نصيبه لما بينا، فلم يبق له شيء، والباقي على ما شرطاه لما بينا.

وإذا لم يؤذَن للمضارب في الدفع مضاربةً، فدفعه إلى غيره مضاربةً، ضمن عند زفر لوجود المخالفة.

وقالا: لا يضمن ما لم يعمل؛ لأن الدفع لا يتقرر مضاربة إلا بالعمل.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن ما لم يربح؛ لأن الدفع قبل العمل أمانةٌ، وبعد العمل مُبَاضَعَةٌ، وهو يملك ذلك، فإذا ربح صار شريكاً في المال، فيضمن، كما إذا خَلَطَ بمال آخرَ، ولا ضمان على الثاني؛ لأن فعله يضاف إلى الأول؛ لأنه هو الذي أَثْبَتَ له ولايةَ التصرفِ، فإن استهلكه الثاني، فالضمانُ عليه خاصةً.

وعندهما: يضمن الثاني، وهو نظير مودع المودع[1]. والأشهَرُ أنه يُخَيَّـرُ هنا، فيضمن أيهما شاء، الأولَ لما بينا، والثاني لإبطاله حَقَّ ربِّ المال، وكان متعدِّياً في حقه. ولو كانت المضاربةُ فاسدةً لا ضمانَ عليه؛ لأن الثاني أجيرٌ فيه، وله أجرُ مثلِه، فلا يكون شريكاً.

ولو دفع المال إلى رجلين مضاربةً بالنصف، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يقل، فليس لأحدِهما أن يَنْفَرِدَ؛ لأن التجارةَ يحتاج فيها إلى الرأي، فإن عَمِلَ أحدُهما

---

(١) فإن مودع المودع لا يضمن عنده، ويضمن عندهما.

بنصف المال بغير أَمرِ صاحبه ضمن النصفَ، وإن عَمِل بَأمرِ الآخرِ لم يَضمَن؛ لأنه كالوكيل عنه، وما رَبِحَ نِصفُه لرب المال، ونِصفُهُ بينهما نصفان.

ونفقةُ المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعودَ إلى مصره وإن[1] كان ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله. وإن كان يبيت فلا نفقةَ له، وكذا لا نفقةَ له ما دام في مصره؛ لأن النفقةَ جزاءُ الاحتباسِ، فإذا كان في مصره لا يكون محتبِساً في المضاربة، وفي السفر يكون محتسباً فيها، وإذا اتخذ في مصرٍ آخرَ داراً، أو تَزَوَّجَ فيه، فهو كمصره.

ونفقته كالطعامِ، والشرابِ، والكسوةِ، وفراشِ النومِ، ودابةِ الركوبِ، وغَلَّتِها وغَلَّةِ من يطبخ له، ويغسل ثيابه، وأجرة الحمام، ودُهنِ السراج والحطب. وتجب نفقة مثله بالمعروف[2]، ونفقة غلمانه ودوابهم الذين[3] يعملون معه في المال.

وتحتسب النفقةُ من الربح، فإن لم يكن فمن رأس المال. ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لنفقته رَجَعَ في مال المضاربة.

ولو ضارب[4] لرجلين، فنفقته على قَدْرِ المالين. ولو كان أحدُ المالينِ بضاعةً، فالجميع[5] على المضاربة؛ لأن السفرَ واقعٌ لها، ولو كانت المضاربةُ فاسدةً لا نفقةَ للمضارب؛ لأنه أجيرٌ، ونفقةُ الأجيرِ على نفسه.

(وتبطلُ المضاربةُ بموت المضارِب)؛ لأنه كالوكيل، وموتُ الوكيل مُبْطِلٌ للوكالة.

---

(١) وصل.

(٢) أي بلا إسراف.

(٣) صفة الغلمان.

(٤) أي صار مضارباً لرجلين.

(٥) أي جميع النفقة.

(وبموت ربِّ المالِ)؛ لأن تصرفَ المضارب بإذنه، فإذا مات بَطَلَ الإذنُ.

(وبردته) أي ربِّ المالِ.

(ولحاقِهِ بدار الحرب)؛ لأنه كالموتِ، حتى يُقْسَمَ تركته.

قيد بـ«لحاقه»؛ لأن تصرفه مضاربةً قبله يتوقف عند أبي حنيفة، فإن أسلم نَفَذَ، وإن مات أو قُتِلَ على ردته بَطَلَ.

وعندهما: يجوز، ولا يتوقف.

(دون) ردةِ (المضاربِ) ولحاقه، فإنها لا تُبطِل المضاربةَ؛ لأن تصرفَ المرتد إنما يتوقف في أَملاكه، ومالَ المضاربة ليس ملكاً له، فيصح تصرفه فيه؛ لأن له عبارةً وبَصَارَةً في التجارة.

(ولا يَنعَزِل) المضاربُ (بعَزله ما لم يَعلم) عزلَه كالوكيل، حتى لو باع المضاربُ، واشترى بعد عَزلِ ربِّ المال قبل عِلمه به، فتصرفه جائز؛ لأنه لو انعَزَلَ بلا علمه لَتَضَرَّرَ؛ لأن الضمانَ يَلزمه بتصرفه بعد العَزلِ، والضَّرَرُ مَدفوع شرعاً.

(فإذا عَلِمَ) المضاربُ عَزلَه (والمالُ[1] من جنسِ رأسِ المالِ لم يَتَصَرَّفْ فيه، وإن كان) المالُ (خلافَ جنسه) بأن كان عروضاً (فله أن يَجْعَلَه من جنسه) ببيعها؛ لأن قِسمةَ الربح إنما تكون بعد تَعَرُّفِ رأس المال، ولا وصولَ إليه إلا بالبيعِ. ولو كان المالُ دنانيرَ ورأسُ المال دراهمَ، فله أن يبيعها بجنسها استحساناً.

(وإذا افترقا، وفي[2] المالِ ديونٌ) على الناسِ (وليس[3] فيه رِبْحٌ: وَكَّلَ) المضاربُ

---

(١) حال.

(٢) حال.

(٣) حال.

(**ربَّ المالِ على اقتضائِها**) أي على طلب الديون؛ لأنه عاقد، والحقوق راجعةٌ إليه، فيُجْبَرُ على توكيله كيلا يَضِيعَ حَقُّ ربِّ المالِ. ولا يُجْبَرُ على الاقتضاء؛ لأن الربحَ مَعدومٌ، فكان المضاربُ وكيلاً مَحْضاً ومتبرِّعاً، ولا جبر على المتبرِّع. لا يقال: ردُّ رأسِ المالِ واجبٌ عليه، وذلك إنما يكون بالتسليم، كما أَخَذَهُ، وكان ينبغي أن يُجْبَرَ المضاربُ عليه؛ لأن الواجبَ عليه رَفعُ الموانعِ، وذلك بالتخليةِ لا بالتسليم حقيقةً.

(**وإن كان فيه ربحٌ: أُجْبِرَ**) المضاربُ (**على اقتضائها**) أي الديون؛ لأن الربحَ في معنى الأجرة، فكان أجيراً، فيُجْبَر عليه.

(**وما هَلَكَ من مال المضاربة: فمن الربحِ**)؛ لأنه تابع، وصَرفُ الهالكِ إلى التابع أولى، كما يُصْرَفُ الهالكُ إلى العفو في الزكاة.

(**وإن زاد**) الهالكُ على الربحِ: (**فمن رأسِ المالِ**) ولم يَضْمَن المضاربُ؛ لأنه أمينٌ، ولا ضَمَانَ عليه.

وفي «الاختيار»: فإن اقتسما الربحَ والمضاربةُ بحالها، ثم هلك المالُ أو بعضُه، رَجَعَ في الربح حتى يَسْتَوْفِيَ رأسَ المال؛ لأن الربح فضلٌ على رأسِ المال، ولا يُعْرَفُ الفَضلُ إلا بعد سلامةِ رأسِ المال، فلا يصح قسمتُه، فينصرف الهالكُ إليه لما بينا، ويبدأ أوّلاً برأس المال، ثم بالنفقة، ثم بالربح، الأهمُّ فالأهمُّ.

فلو فَسَخَا المضاربةَ، ثم اقتَسَمَا الربحَ، ثم عَقَدَا المضاربةَ، فهلك رأسُ المالِ لم يَتَرادَّا الربحَ؛ لأن هذه مضاربةٌ جديدةٌ، والأُولى قد انتَهَتْ، فانتهى حكمُها.

ولو مَرَّ المضاربُ على السلطان، فأَخَذَ منه شيئاً كُرْهاً، لا ضمانَ عليه، وإن دَفَعَ إليه شيئاً، لِيَكُفَّ عنه ضمن؛ لأنه ليس من أمور التجارة. وكذلك إذا أراد العاشرُ أن يأخذَ منه العُشرَ، فَصَالَحَه المضاربُ بشيء من المال حتى كُفَّ عنه ضَمِنَ.

كتاب الوديعة

وهي مشتقةٌ من الوَدْعِ، وهو التَّرْكُ.

وفي الشريعة: ما يُتْرَكُ عند الأمين.

يقال له: مودَع بفتح الدال، ولتاركها[١]: مودِع بكسرها.

(وهي) أي الوديعة **(أمانةٌ)** عند المودَع، حتى لو سُرِقَت عند، ولم يُسْرَقْ معها مالُ الأمين لا يَضْمَنُ، لقوله ﷺ: «لا ضمان على المؤتمن».

وعن مالك: يَضْمَنُ لمكان التُّهْمَةِ.

الفرقُ بين الوديعةِ والأمانةِ بالعموم والخصوص: فالوديعةُ خاصةٌ، والأمانةُ عامةٌ، وحملُ العامِّ على الخاصِّ صحيح دون عكسه، فيقال: الوديعةُ أمانةٌ، ولا يقال: الأمانةُ وديعةٌ، كما يقال: الإنسان حيوان، ولا يقال: الحيوان إنسان. فالوديعةُ على الاستحفاظ قصداً. والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هَبَّتِ الريح في ثوب الإنسان، وأَلْقَتْهُ في حجر غيره، والحكم في الوديعة: أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق بعد المخالفة، وفي الأمانة لا يبرأ عن الضمان وإن[٢] عاد إلى الوفاق، كذا في «الكفاية».

(وللمودَع أن يَحفظَها بنفسه، ومَن في عياله وإن[٣] نهاه) «إن» للوصل، أي

---

(١) وديعة.

(٢) وصل.

(٣) وصل.

وإن[1] نَهَى المودِع المودَعَ عن حِفظِهَا بمن في عِياله، لأنه مُضْطر إلى أن يَتْرَكَهَا عند مَن في عِياله إذا خَرَجَ من بيته، فيكون مأذوناً فيه دلالة.

وفي «الخلاصة»: إذا حَفِظَها بزوجته في بيته، وكان يَعلم أنها غَيرُ أمينةٍ، فَضَاعَت يَضْمَنُ.

وفي «شرح الجامع الكبير» للإمام خُواهَرْ زَادَه: يجوز لمن في عِيال المودَع أن يَدْفَعَها إلى مَن في عِياله.

ثم اعلم أن حِفظَ الوديعة إنما يلزم على المودَع إذا قَبِلَ الوديعةَ، أو سَكت عند وَضْعِها.

وأما لو قال: لا أَقْبَلُ، فترَكها المالكُ عنده، ولم يَحْفَظْها، فضَاعَت لا يَضمَن، كذا في «المحيط». وفيه لو قال: لا تَدْفَعْها إلى فلانٍ مَن في عيالك، ولم يكن له عِيَال سواه لم يصح نَـهْيُه، لأنه لا بد له من الدَّفعِ إليه. وإن كان له عِيالٌ غيرُه، فدَفَعَه إليه ضمن.

والمراد بمن في عياله: مَن هو ساكن معه، لا مَن تجب نفقته عليه، حتى لو دَفَعَت المرأةُ الوديعةَ إلى زوجها الساكن معها لا تضمن، إلى هنا كلامه.

وعن محمد: إذا دفعها المودَعُ إلى أمينٍ مِن أُمَنَائِهِ ممن يَثِقُ به في ماله، وليس في عياله كشريكه العنان، وعبدِه المأذونِ لا يضمن، وعليه الفتوى، كذا في «النهاية» ولهذا لم يشترط في «التحفة» كونَه في عِيالِه.

(وليس له أن يحفظَها بغيرهم) أي بغير من في عياله، لأن صاحبَها إنما رضي بحفظه في يده، إذ الأَيدِي مُخْتَلِفَةٌ في الأمانة، ويَدُ غيرِهم ليس كَيَدِهِ.

---

(١) وصل.

(**إلا أن يخاف الحريقَ: فيُسَلِّمَها إلى جاره أو**) يخاف (**الغَرَقَ: فيُلْقِيَها إلى سفينةٍ أخرى**) يعني إذا وقع في دار المودَع نارٌ، وخاف عن احتراق الوديعة، وسلَّمها إلى غير من في عياله، أو خاف مِن غرقها في سفينةٍ، فألقاها إلى سفينة أخرى، فَضَاعَت لا يضمن؛ لأن الحفظَ في تلك الحالة إنما يكون بالدَّفع إلى أي رجل كان.

وفي «التبيين»: هذا إذا لم يمكنه في ذلك الوقت أن يدفعها إلى مَن في عياله. وأما إذا أمكن، فدفعها إلى غيره يضمن. ولو وقعت الوديعةُ في البحر وقتَ إلقائها إلى سفينةٍ أخرى يَضمن؛ لأن الإتلافَ حَصَلَ بفِعله. ولو قال: دفعتُ إلى آخَرَ خوفاً من الغَرَق لا يُصَدَّقُ إلا ببينة؛ لأنه يَدَّعِي إسقاط الضمان عنه.

(**وإن خَلَطَها**) أي المودَع الوديعةَ (**بغيرها حتى لا يتميَّز: ضَمِنَها**) المودَع عند أبي حنيفة.

وقالا: يشاركه إن شاء الشركةَ في المخلوطِ، وإن شاء عَدَمَ الشركةِ ضمن الْمُخَالِطَ مِثلَه. وهذا إذا خَلَطَها بجنسها. أما لو خَلَطَها بخلاف جنسها كخلط الحَلِّ[1] بالزَّيتِ، فيضمن اتفاقاً.

قيد بقوله: «لا يتميز» لأنه لو تَيَسَّرَ التمييزُ، كما إذا خَلَطَ الجَوْزَ باللَّوْزِ لا يَضمن اتفاقاً.

ولو تَعَسَّرَ، كما إذا خَلَطَ البُـرَّ بالشعير يضمن اتفاقاً؛ لأن المتعسِّرَ كالمتعذِّر.

لهما: أن هذا الخلطَ استهلاك من وجه لتعذر التمييزِ حقيقةً دون وجه، لعدم تعذره حكماً، لأن القسمةَ فيما يكال ويوزن من جنسٍ واحدٍ تَعيينٌ. فإن شَاءَ مَالَ إلى جانب الهلاك وضمَّنه، وإن شاء مَالَ إلى جانب القيام وشَارَكَه.

---

(١) وهو بالحاء المهملة دهن السمسم.

وله: أنه استهلاك من كل وجه لتعذر وصولِ المالك إلى عَينِ ماله، واستهلاكُ[1] العَبدِ يكون هكذا، لأن إعدامَ المحل غيرُ مقدور له، والقسمةُ غيرُ مُوصِلة إلى عين حقه، ولكن جُعِلَت طريقاً للانتفاع للضرورة.

وثمرة الخلاف تَظْهَرُ في حِلِّ تَنَاوُل الْمُخَالِطِ من المخلوط قبل أداء الضمان. فعنده: لا يحل. وعندهما: يحل.

وفي الإبراء أيضاً فإن المالكَ إذا أبرأ المخالِطَ. فعنده: سَقَطَ ضمانه. وعندهما: سَقَطَ اختيارُ الضمان، فتَعَيَّنَ الشِّركةُ.

(وكذا) أي يَضمَن المودَع الوديعةَ كلَّها **(إن أنفق بعضَها، ثم ردَّ عِوَضَه)** بأن رد مثلَه **(وخَلَطَه بالباقي)**؛ لأن ما أنفقه صار دَيناً في ذمته، والدين لا يؤدَّى إلا بالتسليم إلى صاحبه، ولم يوجَد، وكان هذا خلطاً لما بقي بملك نفسه، فيكون استهلاكاً للكل. هذا إذا لم يَجْعَلْ على ماله علامةً. فلو كان جَعَلَه لا يَضمن إلا ما أنفق، كذا في «الفصول».

(وإن اختلط) جنسُ الوديعة بجنسها **(بغير صُنْعِهِ)** أي صنع المودَع، كما إذا انشق الكِيسُ، فاختلط دَنانيرُه بدنانيره: **(فهو شريكٌ)** بالاتفاق لانعدام التعدي منه.

(ولو تعدَّى) المودَع **(فيها)** أي في الوديعة **(بالركوبِ)** كما إذا كانت دابةً، فركبها **(أو اللُّبْسِ)** كما إذا كان ثوباً، فَلَبِسَه **(أو أودَعها)** عند غيره **(ثم أَزَالَ التعديَ)** ثم هلكت بعد إزالته **(لم يضمن)**.

وقال الشافعي: يضمن.

قيد بـ«تعدي المودَع وإزالته»؛ لأنه لو تَعَدَّى المستعيرُ والمستأجِرُ في العين

---

(١) المصدر مضاف إلى فاعله.

المستعارة والمستأجَرة، ثم أزال التعدي لا يَبْرَأُ عن الضمان، لأن قَبْضَهما كان لأنفسهما لاستيفائهما المنافِعَ عنها، فبإزالة التعدي عن العين لم يوجد الردُّ إلى صاحبها، بخلاف المودَع، لأن يده كان كيد المالك حكماً لكونه عاملاً له في الحفظ، فبإزالة التعدي ارتدت إلى يد صاحبها حُكماً.

له: إن حكم الوديعة ارتفع بالتعدي، فلا يعود إليه إلا بسبب جديدٍ، فلم يوجَد، فلا يَبرأ عن الضمان.

ولنا: أن الشيء إنما يَبطل بما يُنَافِيه، والاستعمالَ لا ينافي الإيداعَ، ولهذا صح الأمرُ بالحفظِ مع الاستعمال ابتداءً، فإذا زال التعدي عاد حكمُ العقد.

(**ولو هلك**) الوديعةُ (**عند**) المودَع (**الثاني، فالضمانُ على**) المودَع (**الأول خاصةً**) دون الثاني.

وقالا: يُضَمِّنُ أيهما شاء؛ لأن الأولَ خَالَفَ لما بينا.

والثاني تَعَدَّى حيث قَبَضَ ملك غيره بغير أمره.

فإن ضَمَّنَ الأول لا يَرجع على الثاني، لأنه ملكه بالضمان مستنداً، فيكون مودِعاً ملكه، وإن ضَمَّنَ الثاني رجع على الأول، لأنه إنما لَحِقَه ذلك بسببه.

ولأبي حنيفة: أن التفريطَ إنما جَرَى من الأول؛ لأن مجردَ الدفع لا يوجب الضمانَ، حتى لو هلكت والأولُ[1] حاضر لا يضمن، فإذا غاب الأوُل، فقد ترك الحِفظَ، فيَضمَن، والثاني لم يترك.

(**فإن طلبها**) أي الوديعةَ (**صاحبُها**) وهو المودِع (**فجَحَدَها**) أي جَحَدَ المودَع الوديعةَ، (**ثم اعترف: ضَمِنَ**) المودَع الوديعةَ، لأنه لَمَّا طالبه بالرد، فقد عزله عن

---

(١) حال.

الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب فيضمنها، وأنه لم يبرأ عن الضمان بالعود إلى الاعتراف لارتفاع العقد، إذا المطالبةُ بالرد رفع من جهته، والجحودُ فسخ من جهة المودَع، فَتَمَّ الرفعُ، كذا في «الهداية».

ولو ادعى المودَع الرد بعد عوده إلى الاعتراف، فلا يُصَدَّقُ، كذا في «الخزانة».

وفي «المحيط»: إذا أنكر الإيداعَ بأن قال: لم تُودِعْنِي، ثم قال: أَوْدَعْتَنِي، ولكنها هلكت لا تُقْبَلُ بينته على هلاكها قبل جحوده، فيَضْمَنُ؛ لأنه يصير مُنَاقِضاً في الدعوى، فلا يُسْمَعُ. وأما لو أنكر كَوْنَ الوديعةِ عنده تُقبَل بينته؛ لأنها إذا هلكت لا يكون عنده، فلا يصير مُناقِضاً، كمن أنكر الدَّينَ، ثم أقام المدعِي البينةَ عليه، ثم أقام المدعَى عليه بينةً على أنه أَوْفَاهُ تُقْبَلُ بينته؛ لأنه لا يكون عليه دَين متى أَوْفَاهُ.

وفي «فصول الأستروشني»: المودَع إذا جحد الوديعةَ، ثم ادعى أنه ردَّها بعد الجحود، وأقام البينةَ تُقبل. فإن أقام البينةَ أنه ردها قبل الجحود، وقال: غَلِطْتُ، أو نَسِيتُ تُقبل بينته على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وفي الفصل الثاني عشر من «فصوله»: ولو ادعى الوديعةَ، فأنكر، فأقام المدعِي بينة على الإيداع، ثم ادعى المدعَى عليه الهلاك أو الرد إن قال في الجواب والإنكار: ليس لك عليَّ شيءٌ يُسمَعُ، هذا الدفع لإمكان التوفيق.

ولو قال: ما أودعتَني أصلاً لا يُسمع، لعدم الإمكان؛ لأن رَدَّ الوديعةِ أو هَلاَكَها يَسْتَدْعِي وجوبَ الوديعةِ.

وفي «الاختيار»: ولو جَحَدَها عند غيرِ المالك لا يضمن.

وقال زفر: يَضمن؛ لأنه جَحَدَ الوديعةَ.

ولنا: أنه من باب الحفظِ لِمَا فيه من قَطْعِ الأَطماَعِ عنها، ولأنه ربما يخاف

عليها ممن جَحَدَها عنده، وهذا المعنى مَعدوم إذا جَحَدَها عند المالك، وإن جَحَدَها، ثم جاء بها، فقال له صاحبها: دَعْهَا وديعةً عندك فهَلَكت، فإن أمكنه أَخْذُها فلم يَأخذها لم يَضمَن؛ لأنه إيداعٌ جَديد، كأنه أَخَذَهَا، ثم أودعها، وإن لم يمكنه أَخْذُها ضَمِنَ؛ لأنه لم يتمَّ الردُّ.

وفي «فصول الأستروشني»: المودَع إذا دَفع الوديعةَ إلى رسول المودِع، فأنكر المودِعُ الرسالةَ ضمن المودَع، ولم يَرجع به على الرسول إن صدَّقه أنه رسولُ المودِع ولم يضمنه ضمان الدَّرَك، إلا أن يكونَ المدفوعُ قائماً، فحينئذ يَرْجعُ.

(**وللمودَع أن يسافرَ بالوديعة وإن**[1] **كان لها حَمْلٌ**) بفتح الحاء مصدر أي ثِقل (**وَمَؤُونَةٌ**) أي أجرةٌ. «إن» هذه للوصل (**ما لم يَنْهَهُ**) أي لم يَنْهَ صاحبُها المودَعَ عن السفر بها (**إن كان الطريق آمِناً**).

وقال الشافعي: يُـمْنَعُ المودَع من السفر بالوديعة، حتى لو سافر بها، وهلكت لا يَضْمَنُ عندنا، وعنده: يضمن.

وقالا: لا يسافر بها إن كان لها حمل، حتى لو سافر بها يضمن.

للشافعي: أن المفازة مَهلِكَة، والمتعَارَفَ أن الوديعةَ تُحْفَظُ في المصر، فيتقيد به الإيداعُ وإن[2] كان مطلقاً.

ولهما: أن الوديعةَ التي لها حَمْلٌ صاحبها غيرُ راضٍ بالسفر بها دلالةً لما يلحقه ضررٌ من أجرةِ ردِّ الوديعةِ، فصار كما لو نهاه صريحاً عن السفر بها.

ولأبي حنيفة: أن المودَعَ مأمور بالحفظِ على الإطلاق، فإذا لم يمكنه حِفظها، إلا بالسفر يكون مأذوناً فيه دلالةً.

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

قيد بـ«الأَمْنِ وعَدَمِ النَّهْيِ»؛ لأنه لو عُدِمَ الأَمْنُ، ووُجِدَ النَّهْيُ لا يسافر بها اتفاقاً.

اعلم أن الخلاف فيما إذا لم يكن له بدٌّ من السفر بها لانعدام من يحفظها حتى لو كان له بُدٌّ منه، فليس له السفر بها اتفاقاً. وكذا فيما إذا كان الإيداعُ غيرَ مقيدٍ بمكان؛ لأنه لو كان مقيداً به، فليس له السفر بها اتفاقاً.

(وليس له) أي للمودَع (**أن يُسافرَ بها في البحر**) اتفاقاً؛ لأن الغالب فيه العَطَبُ.

(**ولو أودع رجلان عند رجلٍ مكيلاً، أو موزوناً**) فَغَابَا، (**ثم حَضَرَ**[1] **أحدُهما، فطَلَبَ نصيبَه لم يُؤمَرْ**) المودَعُ (**بالدفع إليه**) أي إلى الحاضر (**ما لم يَحضر الآخرُ**).

وقالا: يؤمر بدفع نصيبه إليه.

قيد بـ«المكيل والموزون»، وأراد بهما ما يكون مِثليّاً؛ لأنه لم يؤمَر بالدفع في غير المثلي اتفاقاً؛ لأن في غير المثلي مبادَلة من كل وجهٍ، وفي المثلي معنى الإفراز غالبٌ، ولهذا جاز لأحدِ الشريكين في المثلي أن يأخذ نصيبَه بلا رضاءِ الآخر ولا قضاءٍ.

لهما: أن الحاضر طلب نصيبه، فيجب دفعه إليه كالدين المشترَك، فلا يَضمَن بدفعه.

ولأبي حنيفة: أن المودَعَ قَسَمَ المالَ بغير إذن الغائب، وهو كان مأموراً بالحفظ لا بالقسمة، فيضمن نصيبَه، بخلاف الدَّين المشترَك؛ لأن المديون يُسَلِّمُ إليه مالَ نفسِه؛ لأن الديونَ تُقْضَي بأمثالها لا بأعيانها، فليس قِسْمَةً على الغائب،

---

(١) وفي هذه المسألة حكاية: فإن رجلين دَخَلَا الحمامَ، وأودعا عند الحمامي هِمياناً من ذهب، فخرج أحدهما قبل صاحبه، وأخذ الهميان، وذهب به، ثم وخرج الآخر، وطالبه بالهميان، ولعلهما تواطأا على ذلك، فتحير الحمامي، فقيل له: فلتصل هذا الأمر لأبي حنيفة، فذهب إليه، وقصَّ عليه هذه القصة، فقال أبو حنيفة: لا تقل دفعته إلى صاحبك، ولكن قل: لا أدفعه إليك حتى تحضر صاحبك، فإذا قال هكذا، انقطع الرجل وترك الحمامي، من «النهاية».

ولهذا لو قال رجل للمديون: وَكَّلَنِي فلان بقبض الدين منك فصدَّقه يُجْبِرُه القاضي على الأداء، وإن قال للمودَع: وَكَّلَنِي بقبض الوديعةِ منك، فصَدَّقه، ثم أَبَى عن التسليم لم يُجْبِرْه القاضي.

(ولو أودع) رجل **(عند رجلين شيئاً مما يُقْسَمُ: اقتسماه، وحَفِظَ كلُّ واحدٍ منهما نصفَه)**.

(وإن كان) ذلك الشيءُ المودَعُ **(مما لا يُقْسَمُ: حَفِظَه أحدُهما بأمر الآخَرِ)** وقالا لأحدهما: أن يحفظها بأمر الآخر في المسألتين[1]؛ لأنه رضي بأمانتهما، فكان لأحدهما أن يسلِّمها إلى الآخر كالمسألةِ الثانيةِ.

ولأبي حنيفة: أن الدافع أودع نصفَه بغير أمرِ المودِع، فيَضْمَنه. وهذا لأنه إنما رضي بأمانةِ كلٍّ منهما في النصف؛ لأن إضافةَ الفعلِ إليهما يَقتَضِي التَبعِيضَ كالتمليكاتِ، إلا أنا جوَّزناه فيما لا يُقسَم ضرورةَ عَدَمِ التجزؤ، وعدم إمكانِ اجتماعِهما عليهما، وإنما كان راضياً بذلك دلالة. وعلى هذا الوكيلان، والوصيان، والمرتهنان، والعدلان في الرهن والمستَبْضِعَانِ.

(ولو قال) المودِع **(له)** أي للمودَع: **(احْفَظْها في هذا البيت، فحَفِظَها في بيت آخَرَ من الدار)** أي من دار المودَع **(لم يَضمَن)**؛ لأن البيتين في دارٍ واحدةٍ لا يَتَفَاوَتَانِ في الحِرْزِ غالباً، فيلغُو الشرطُ، كما لو قال: احفظها في هذا الصندوقِ، فحَفظها في صندوق آخرَ **(إلا أن يكون البيتُ الذي نهاهُ عنه عورةً)** أي مُعْوَرَةً للسُّرَّاق بأن كان ذا خَلل[2] يخاف منه العدو والسارقَ **(فيضمن)**؛ لأنه مُعْتَدٍ.

(ولو خالفه في الدار) بأن أَمَرَه بالحفظِ في دارٍ، وحَفِظَها في دارٍ أخرى **(ضَمِنَ)**؛ لأنهما تختلفان في الِحرز غالباً، فيقيد التقييدُ.

---

(١) أي في التي مما يقسم وفي التي مما لا يقسم.

(٢) الخلل: الفساد في الأمر.

وفي «المحيط»: إذا كانت الدارُ التي حَفِظَ فيها أَحْـرَزَ من الدار التي أَمَـرَ بالحِفظِ فيها يَضْمَن إذا هلكت الوديعةُ، كما لو قال: أَوْدِعْ مالي زيداً، فأَوْدَعَ عمراً ضَمِنَ وإن[1] كان عمرٌو أَعْدَلَ وأَوْثَق.

وفيه لو قال المودَعُ: كانت الوديعةُ بين يديَّ، ثم قمتُ، فنَسِيتُها يَضْمَن؛ لأن نسيانَـها تَضييعٌ منه. ولو قال: كانت بين يدي في داري، ثم قمتُ، فنسيتُها يُنْظَرُ إن كانت الوديعةُ مما لا يُحْفَظُ في عَرصَة الدار كصُرَّةِ[2] الذهب يَضْمَنُ؛ لأنه لا يُعَدُّ حِرْزاً لها، وإلا فلا[3].

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: رجل جاء بثوب إلى غيره، وقال له: هذا وديعة عندك، ولم يقل الآخر شيئاً، وسكت، ثم غاب صاحبُ الثوب، ثم غاب الآخرُ بعده، وترك الثوبَ هناك، فضاع ضمن؛ لأنه وُجد منه القبول عُرفاً. ولو وضع الثوبَ ولم يقل شيئاً وسكت، ثم غاب صاحبُ الثوب، ثم غاب الآخر بعده، وترك الثوبَ، والمسألة بحالها ضمن أيضاً؛ لأنه أودع عرفاً، والآخرُ قَبِلَ عرفاً. ولو قال: لا أقبل الوديعةَ، والمسألة بحالها لم يضمن؛ لأنه لا يُعتبر القبولُ عرفاً عند الرد صريحاً.

(ولو ردَّها) أي المودَع الوديعةَ **(إلى دار مالكها، ولم يُسلِّمْها إليه)** أي إلى المودِع **(ضمن)**؛ لأن المالك ما رضي بدفعها إلى داره، ولا إلى مَنْ في عِياله ظاهراً؛ إذ لو رضي بهم لما أَوْدَعَها.

وفي «الاختيار»: ولو وضع الثيابَ في الحمامِ، ولم يقل شيئاً، ودَخَلَ الحمامَ

---

(١) وصل.

(٢) كيسه.

(٣) أي وإن كانت الوديعة مما يحفظ في عرصة الدار كالآت البيت لا يضمن.

يُنْظَرُ إن كان في الحمام ثِيَابِـيٌّ يَحفَظُ الثيابَ، فالضمانُ عليه دون الحمامي؛ لأنه اسْتَوْدَعَه دلالةً، وإن لم يكن[١] ضَمِنَ الحماميُّ. ولو قال للحمامي: أين أَضَعُ الثيابَ، فأشار إلى مكان يضمن الحماميُّ دون الثيابِـيِّ؛ لأن الحماميَّ صار مودَعاً. ولو وَضَعَ الثيابَ بِـمَحْضَرٍ من الحماميِّ، فخَرَجَ آخرُ، ولَبِسَها، والحماميُّ لا يَدرِي أنها ثيابه أم لا ضَمِنَ الحمامي. وإن نام الحماميُّ فسُرِقَت الثيابُ إن نام قاعداً لم يَضْمَن؛ لأنه لم يَتْرُك الحِفْظَ، وإن نام مضطجعاً ضَمن.

والخانُ[٢] كالحمامِ، والدابةُ كالثيابِ، والخانِـيُّ كالحمامي.

قام واحد من أهل المجلس، وترك كتابَه أو متاعَه، فالباقون مودَعُون، حتى لو تركوه، فهلك ضَمِنُوا. فإن قام واحد بعد واحد، فالضمانُ على آخرِهم؛ لأنه تَعَيَّنَ حَافِظاً، والله أعلم.

* * *

---

(١) أي إن لم يكن الثيابي.

(٢) وهو الذي يبنى لأبناء السبيل في المصر.

كتاب اللقيط

وهو بمعنى الملقوط، أي المأخوذِ عن الأرضِ. سُمي اللقيط به باعتبار مآله لِمَا أنه يُلْقَطُ.

وفي الشرع: اسم لما يُطْرَحُ على الأرض من صغار بني آدم خَوْفاً من العَيْلَةِ[١] أو فراراً من تهمة الزنا.

فمن رآه إن غَلَبَ على ظنه أنه يَضِيع بتركه، كما إذا كان في مَفازة أو مَسْبَعَةٍ، فأَخْذُهُ واجبٌ دفعاً للهلاك عنه، وإلا[٢] **(التقاطُه)** أي أَخذه **(مندوبٌ)** أي مستحب لِمَا فيه من السعي في إحياء نفس محترَمَةٍ، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾[٣].

(وهو) أي اللقيط **(حرٌّ)**؛ لأن الدارَ دارُ الأَحرارِ، والحريةُ هي الأصلُ، فيُحَدُّ قاذفه، ولا يُحَدُّ قاذفُ أمه[٤]، كذا في «شرح المجمع» لمولانا نظام الدين.

(ونفقتُه في بيت المال) لما روي أن عمر رضي الله عنه فَرَضَ له النفقةَ منه.

(وميراثُه له) أي لبيت المال.

---

(١) فقير.

(٢) أي وإن لم يغلب على ظنه ضياعه بتركه، كما إذا كان في مصر أو قرية، فمندوب.

(٣) سورة المائدة: **٣٢**.

(٤) لأن في حجرها ولداً لا يعرف أبوه، فكانت تهمةُ الزنا قائمة كالملاعنة.

(**وجنايتُه عليه**[١]) وديته[٢] له وولاؤه[٣] له؛ لأن الغُنْمَ بالغُرْمِ.

وفي «الاختيار»: ولو قُتِلَ[٤] عمداً، فإن شاء الإمامُ اقتص، وإن شاء صالح على الدية.

وقال أبو يوسف: تجب الديةُ في مال القاتل لا غَيْرُ، لاحتمال الولي، وهو الظاهرُ، إلا أنه غائب، فلا يُقْتَصُّ دونه.

ولهما: قوله ﷺ: «السلطان وليُّ مَن لا وليَّ له»؛ لأن الوليَّ الذي لا يُعْرَفُ، ولا يُنْتَفَعُ برأيه كالعدم، فلا اعتبار به. وليس له أن يَعْفُوَ بالإجماع؛ لأن فيه إبطالَ حق جماعةِ المسلمين.

(**والملتقِط أولى به**) أي باللقيط (**من غيره**)؛ لأن يدَه عليه أَسْبَقُ، فلا يتمكن غيره من إبطالها بغير حق، بخلاف ما لو دَفعه[٥] إلى آخَرَ ليس له أن يَسْتَرِدَّه[٦]؛ لأنه رضي بإبطال يده، ولا يجوز له أن يُبْطِلَ يدَ الثاني عليه[٧]، كذا في «المحيط».

(**وهو**) أي الملتقِط (**متبرِّعٌ في الإنفاق عليه**[٨]) لعدم الولاية، (**إلا أن يأذَنَ له القاضي بشرطِ الرجوعِ**) على اللقيط، لكون ما أنفقه دَيناً عليه.

قيد الإذن «بشرط الرجوع» احترازاً عما قال الطحاويُّ إذا أَمَرَ القاضي بإنفاقه

---

(١) لقيط.

(٢) لقيط.

(٣) لقيط.

(٤) لقيط.

(٥) لقيط.

(٦) لقيط.

(٧) لقيط.

(٨) لقيط.

يَرجع عليه بعد البلوغ وإن[1] لم يَشترط الرجوعَ؛ لأن للقاضي ولايةً عامةً، فأمره بالإنفاق كأمره[2] بنفسه. والأصح ما ذكر في المتن؛ لأن مطلقَ الأمرِ يَحتمل الِحسبَةَ والاسْتِدَانةَ، فلا يَرجع عليه بالشك.

(أو يُصَدِّقُه اللقيطُ إذا بَلَغَ) يعني إذا لم يأمر القاضي بإنفاقه، فصَدَّقَه اللقيطُ بعد البلوغ في أنه أَنْفَقَه للرجوع، فله الرجوعُ؛ لأنه أَقَرَّ بحقه.

(ومن ادعى أنه) أي اللقيطَ **(ابنُه: ثَبَتَ نسبُه منه)**؛ لأنه إقرار للصبي بما يَنْفَعُه، ويَدفَعُ العارَ عنه، ولا مُنَازِعَ له، فيأخذه المدعِي من الملتقِطِ؛ لأن مِن ضرورة ثبوتِ النسب له[3] أن يكونَ[4] أحقَّ بحفظ ولده مِن أجنبي.

وقيل: لا يأخذه المدعي؛ لأن إقرارَه صحيح في حق النسب فقط دون إبطالِ يد الملتقِطِ.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا لم يدعِه الملتقط، فإن ادعاه، فهو أولى من غيره، لرجحانه باليد، حتى لو كان الملتقطُ ذمياً، فادعاه يكون أولى من المسلم الخارج المدعي، وكان القياسُ ألا يُسمَع دعوى الملتقِطِ؛ لأنه أقرَّ أوَّلاً أنه لقيط، فإذا ادعاه أنه ابنُه لا يكون لقيطاً، فيكون مناقِضاً، لكن صح دعوته استحساناً؛ لأن حال الولدِ الصغيرِ قد يَشتبه على الناس لخفائِه، فيُظن أوَّلاً أنه لقيط، ثم تَبيَّنَ أنه ولده، والتناقُض لا يَـمنع ثبوتَ النسبِ كالملاعِنِ إذا كذَّب نفسَه.

(وإن ادعاه) أي نسبَ اللقيطِ **(اثنان معاً)** أي لا تَعَاقُب **(ثبت منهما)** النسبُ أقاما البينةَ أو لا، لعدم الأوليةِ.

---

(١) وصل.

(٢) لقيط.

(٣) مدعي.

(٤) مدعي.

وقال الشافعي: يُعتبر قَولُ القائف، وهو الذي يَنظر إلى شِبه الأَولاد بالآباء، فيُخْبِرُ أن هذا الولدَ لفلان.

له: ما روي أن النبي ﷺ حَكم بالقائف في مِثله.

وفي «الحقائق»: يُشترط أن يكونَ القائفُ من أهل الشهادة، ولا يشترط العددُ، هو الصحيح.

وإن لم يوجد قائف يُقرَع بينهما، ويُحكم لمن خَرَجَت قرعتُه.

ولنا: قول عمر رضي الله عنه هو ابنهما يرثهما ويرثانه، فلا يُعتبر قوله؛ لأنه غيرُ عالم بالحقيقة.

(**إلا أن يذكر أحدُهما علامةً**) في جسده (**أو يَسبقَ بالدعوى: فيكونُ أَولَى**) من الذي لم يذكر علامةً، لشهادة الظاهر له. وكذا من الذي تأخَّر عنه في الأَخذِ؛ لأن حقَّ السابقِ ثابت في زمان لم ينازعه الآخَرُ.

(**والحرُّ، والمسلمُ أولى**) باللقيط (**من العبدِ، والذمي**) يعني إذا ادعى نَسَبَ اللقيطِ حر وعبدٌ، فالحر أولى من العبدِ؛ لأن ذلك أَنفعُ له. وكذا إذا ادعى نسبَه مسلم وذمي، فالمسلم أولى، سواء كان دعواهما مُجَرَّدَةً أو ببينةٍ.

اعلم أن هذا الحكم غير مُجرًى على عمومه، لما ذكرنا أن الملتقِطَ مرجَّح بيده وإن[1] كان الخارجُ مسلماً، ولأن بينةَ الكافر إذا كان أكثرَ إثباتاً يرجح بينته، ولا يرجح بالإسلام، كما إذا أثبت بينةُ الذمي أنه ولده وُلد على فراشه، وبينةُ المسلم أنه ولده فقط، كذا في «الخانية».

(**وإن ادعاه عبدٌ: فهو ابنُه**) أي اللقيطُ يكونُ ابنَ العَبدِ؛ لأن ثبوتَ النسب نَفْعٌ له، (**وهو**) أي اللقيط (**حُرٌّ**)؛ لأن الحريةَ هي الأصلُ، وكونَ أمِّه أَمَةً مشكوك، فلا يثبت به الرِّقيَّةُ.

(١) وصل.

(وإن ادعاه ذمي: **فهو ابنُه**) لما مر (**وهو مسلمٌ**)؛ لأن الإسلامَ ثبت له بالدار، وإبطاله إضرار به، وليس من ضرورة كَونِ الأب كافراً كُفرُ الوَلَدِ لاحتمالِ إسلام الأُمِّ، (**إلا أن يَلتقِطَه**) أي إلا أن يأخذَ الذميُّ اللقيطَ (**من بِيعَةٍ**) وهي مَعْبَدَةُ النصارى (**أو كَنِيسَةٍ**) وهي مَعْبَدَةُ اليهودِ (**أو قريةٍ من قُرَاهم**) أي أهلِ الذمة (**فيكون**) اللقيطُ (**ذمياً**)؛ لأن الظاهرَ أن أولادَ المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة. وكذلك[1] بالعكس.

ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة: اعتُبِرَ المكانُ دون الواجِدِ، لكونه أَسْبَقَ إليه[2] من يد الواجِد، حتى لو وُجد في دار الإسلام يكون مسلماً. ولو وُجد في مكان أهل الذمة يكون ذمياً، سواء كان الواجِدُ مسلماً أو ذمياً.

وفي رواية عنه: اعتُبِرَ الواجِدُ دون المكانِ؛ لأن يدَه قائمةٌ عليه[3] يَنقُلُه[4] حيث شاء.

وفي رواية: اعتُبِرَ الإسلامُ نظراً للصغيرِ.

(**ومن ادعى أنه**) أي اللقيط (**عبدُه: لم يُقبَل**) دعوَاه؛ لأنه محكومٌ عليه بحريته، لكونه في دار الأحرارِ، إلا أن يقيم المدعِي بينةً على عبوديته، فيكون الملتقطُ خصماً له باعتباره يده. وإن لم يُقم بينةً، وأقر اللقيطُ بعد بلوغه بأنه رِقه، وصدَّقه المقرُّ له يُنْظَر إن كان ذلك قبل إِجْرَاءِ أحكامِ الأحرارِ عليه من قبولِ شهادته، وضربِ قاذفه يكون رقيقاً. وإن كان بعده لا يصح إقراره؛ لأنه اتصل به تكذيبٌ مِن جهة الشرع بإجراءِ الأحكامِ عليه، فصار كتكذيب المقِرِّ له، كذا في «المحيط».

---

(١) أي لا يكون أولاد الكفار في مواضع أهل الإسلام.

(٢) لقيط.

(٣) لقيط.

(٤) لقيط.

وفي «الاختيار»: ولو التقطه مسلم، فادعى نصراني أنه ابنه، فهو ابنه، وهو مسلم لما تقدم. وإن كان عليه[١] زِيُّ[٢] النَّصَارى كالصَّلِيب والزُّنَّارِ[٣]، فهو نصراني؛ لأن الظاهر أنه وُلِدَ على فراشه، ولا اعتبارَ بالمكان.

(وإذا كان على اللقيط مالٌ مشدودٌ) معه، أو مع دابةٍ، وهو عليها، **(فهو له)** اعتباراً للظاهر، **(ويُنْفِقُ)** الملتقِطُ **(عليه بأمر القاضي)**، لعموم ولايته، ويصدَّق عليه في نفقةِ مثلِه.

وقيل: لا يُحتاج إلى أمر القاضي؛ لأن المالَ له[٤]، فيُنفِق عليه منه، وله ولايةُ ذلك، فيَشْتَرِي له ما يَحتاج إليه مِن الكسوةِ، والطعامِ، وغيرها.

(ويَقْبَلُ) الملتقطُ **(له الهبةَ)**؛ لأنه نفعٌ محضٌ **(ويُسلِّمه في صِنَاعة)**؛ لأنه من باب تأدِيبه وحِفظِ حاله.

(ولا يزوِّجه) لانعدام ولايته عليه بالقرابةِ، أو بالملكِ، أو بالتسليطِ من غيره، ولهذا لو أَمَرَ الملتقِطُ بخِتان اللقيط، فهلك يَضمن، كذا في «النوادر».

ولو زوَّجه الإمامُ ولم يكن له مال، فالمهرُ في بيت المال.

(ولا يُؤَاجِرُه، وهو الأصح) قيد به احترازاً عن رواية القدوري من أن إجارته جائزة، كإجارة الأمِّ الصغيرِ؛ لأن فيها صَوْناً[٥] عن الفساد بكَوْنِه مشغولًا بعمل.

ووجه الرواية الأولى: لأن الملتقِطَ لا يملك إتلافَ منافعِه، فلا يؤاجره كالعمِّ، بخلاف الأم؛ لأنها تَمْلِكُ إتلافَ منافعه مَجَّاناً، فتَملكه بعوض، والله أعلم.

---

(١) لقيط.

(٢) كسوة.

(٣) وهو من الإبريسم.

(٤) لقيط.

(٥) حفظاً.

كتاب اللقطة

وهي مال يوجَد على الأَرضِ، ولا يُعرَف له مالك، وهي على وزن الضُّحَكَةِ بالتحريك مبالغة في الفاعل، وهي لكونها مالاً مَرغوباً فيه جُعِلَت آخِذاً مَجَازاً لكونها سبباً لأَخذِ مَن رَآها.

(**أَخذُها**) أي اللقطةِ (**أفضلُ**) لئلا تَصِلَ إليها يَدٌ خائنَةٌ.

(**وإن خاف ضياعَها: فواجبٌ**) أَخْذُها صِيَانَةً لحق الناس عن الضياعِ. وإن كان يَخَافُ على نفسِه الطَّمَعَ فيها، وتَرْكَ التعريفِ والردِّ، فالتركُ أولى صيانة له عن الوقوع في المحرَّمِ.

(**وهي**) أي اللقطة (**أمانةٌ إذا أَشهد**) الملتقطُ (**أنه يأخذُها ليردَّها على صاحبها**)، حتى لو هلكت في يده لا يَضمن.

(**فإن لم يُشْهِدْ: ضمنها**)، خلافاً لأبي يوسف إذا ادعى الملتقطُ أنه أَخَذَها للردِّ، فيُقبَل قوله بيمينه.

وفي «الخانية»: هذا الخلافُ فيما إذا أمكنه أن يُشهِدَ. أما إذا لم يَجد أحداً يُشهِده عند الرفع، أو خاف من أنه لو أَشهَدَ يأخذ منه الظالم، فتَرَكَ الإِشهادَ، ولا يكون ضامناً اتفاقاً. هذا إذا اتفقا أنه لقطةٌ، وإن اختلفا فقال صاحبها: أَخَذْتَهَا غَصباً. وقال الملتقطُ: لا، بل أَخَذْتُهَا لقطة كل يَضمن اتفاقاً.

له: أن أَخْذَهَا مَندوب إن لم يَخَفْ ضِيَاعَها، ووَاجِبٌ إن خاف، فكان مأذوناً من الشرع، والمأذونُ منه كالمأذونِ من المالك.

ولهما: أن إِذنَ الشرع مُقيد بالإِشهادِ، لقوله ﷺ: «من أخذ لقطةً، فليشهِد عليه ذَوَيْ عَدْلٍ».

وفي «النوادر»: لو ضَاعَت من يده، ثم وَجَدَها في يدِ رجل، فلا خصومةَ له معه، بخلاف المودَعِ، حيث له أن يُخَاصِمَ إذا وَجَدَ الوديعةَ في يدِ آخَرَ؛ لأن حقَّ أخذِ الوديعة ثابت للمودَعِ، لا للرجل الثاني، وفي اللقطة ثابتٌ حقُّ الأَخذِ للثاني كالأول؛ لأنهما سِيَّانِ[1] في الالتقاط.

وفي «الاختيار»: وإن قال: أخذتُه لنفسي ضمن بالإجماع بإقراره، وإن تَصَادَقَا أنه أَخَذَها ليردها لم يضمن بالإجماع؛ لأن تَصَادُقَهُمَا كالبينة.

(**ويُعرِّفُها**) أي الملتقطُ اللقطةَ في الأسواقِ، والشوارعِ، والمساجدِ بأن ينادِيَ مَن ضَاعَ له شيء، فليَطلبه عندي (**مدةً يَغلِبُ على ظنِّه أن صاحبَها لا يَطلبها بعد ذلك**) أي ذلك الزمان الذي عرَّف فيه، هو المختار من الأقوال الواردة في مدة التعريف؛ لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرته.

وفي «الاختيار»: وعن أبي حنيفة: إن كانت أقل من عشرة دراهم عرَّفها أياماً. وإن كانت عشرة فصاعداً عرَّفها حَولاً.

وعن محمد: التقديرُ بالحَولِ من غيرِ فَصْلٍ، لقوله ﷺ: «من التقط شيئاً فليعرِّفه حولاً» من غير فَصْلٍ.

وجه الأول: ما روي عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: وَجَدْتُ مائةَ دينار على عهدِ رسول الله ﷺ، فسألته عنها، فقال: عرِّفها حَولاً.

والعشرةُ وما فوقها في معناها من حيث وجوبُ القَطع في سَرِقتها، واستباحةُ الفرج بها، ولا كذلك ما دونها.

(١) أي متساويان.

وروَى الحسنُ عن أبي حنيفة: إن كان مائتي درهم فما فوقها يُعرِّفها حَولاً.

وفوق العشرة إلى مائة درهم شَهْراً.

وفي العشرة جمعةً، وفي ثلاثةِ دراهم ثلاثة أيام، وفي درهمٍ يوماً.

وإن كانت تمرةً ونحوها تصدَّقَ بها مكانَها[١]، وإن كان محتاجاً أكلها مكانَها

إلى هنا كلامه.

اعلم أن هذه المدةَ فيما لم يَتَسارَعْ إليه الفسادُ، فإن تَسارَعَ، فمدةُ تعريفه مقدَّرةٌ إلى خوفِ الفسادِ، كما سيجيئ.

وعند الشافعي: يبيعها، ويتربص[٢] ثمنها حَولًا.

(**ثم يتصدق بها إن شاء**) يعني بعد تعريف المدةِ المذكورةِ الملتقطُ مخير بين أن يَحْفَظَها حِسبَةً[٣] لله، وبين أن يتصدَّقَ بها؛ لأنه لما عَجَزَ عن إيصال عَينِ اللقطة إلى صاحبها جاز له أن يوصِلَ عِوَضَها، وهو الثوابُ على اعتبار إجازته.

(**فإن جاء صاحبها، وأَمْضَى الصدقةَ**) يكون له ثوابها، (**وإلا**) أي إن لم يُـمْضِهَا (**فله**) أي للصاحب (**أن يُضَمِّنَه**) أي الملتقطَ؛ لأنه سلَّم مالَه إلى غيره بغير إذنه، (**أو يُضَمِّنَ الْمِسْكِينَ**) لو هَلكت في يده؛ لأنه قَبَضَ مالَه بغير إذنه. وهذا التصرف من جهة كونه مأذوناً من الشرع يَملكه الفقيرُ قبل الإجازة، ومِن جهةِ أنه غيرُ مأذون من المالك، ثبت للفقير مِلكٌ غيرُ لازم، فيَضمنها له.

فإن ضمّن الملتقطَ لا يرجع على الفقير؛ لأنه مَلكها من وقت الأَخذِ بالضمانِ، ونَفَذَت الصدقةُ عليه. وإن ضمَّن الفقيرَ لا يرجع على الملتقط، كما سيأتي؛ لأن الفقيرَ أَخَذَها لنفسه، فصار كغاصب الغاصب.

---

(١) أي في مكان وجدها فيه.

(٢) أي ينتظر.

(٣) الحسبة بالكسر، وهي الأجر، «صحاح».

اعلم أن هذا في لقطةٍ لها قيمة، وإن كان شيئاً لا يعاد إلى آخذِهِ عادةً، ككسرةِ خُبْزٍ وسَنَابِلَ بعدما حُصِدَ الزَّرعُ، فالتَقَطَها رَجل، فأكلها لا يضمن؛ لأن تَركَها إباحةٌ دلالةً، لكن لصاحبها أن يَأْخُذَ منه إذا وَجَدَها في يده، كما ستقف؛ لأن الإباحةَ لا يوجب سقوطَ الملك عن العَين، كذا في «المحيط».

(**أو يأخذَها**) أي يأخذَ الصاحبُ اللقطةَ (**إن كان باقيةً**) في يد المسكين؛ لأنه وَجَدَ عَيْنَ ماله.

(**وأيُّهما**) الملتقط أو المسكين (**ضَمِنَ: لا يَرجعُ على الآخَرِ**)، وقد قررناه.

(**ولا يَتصدَّقُ**) الملتقطُ (**بها على غنيٍّ**) لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وإلا فتَصَدَّقْ بها»، والصدقةُ لا يجوز على الغني.

(**ويَنتفعُ**) الملتقطُ (**بها إن كان فقيراً**)؛ لأن صَرفَه إلى فقير آخَرَ كان للثواب، وهو مثلُه.

وفي «النوادر»: لو أنفقها على نفسه، ثم أيسَرَ لا يلزمه أن يتصدَّقَ مثلَها على فقير آخَرَ؛ لأنه وَضَعَ اللقطةَ في موضعها.

(**أو يُعطيها أهلَه إن كانوا فقراءَ**)، لما فيه نظر للملتقطِ والمالكِ.

(**وإن كانت**) اللقطةُ (**شيئاً لا يَبْقَى**) كاللحمِ، واللبنِ، والفواكهِ الرطبة ونحوِها: (**عرَّفه إلى أن يَخاف فسادَه، ثم يتصدقَ به**) خوفاً من الفساد. وقد بيناه، وبينا الخلافَ فيه.

(**ويُعرِّفُها في مكانِ الالتقاطِ**) أي الأَخذِ (**ومَجَامِعِ الناسِ**)، فهو أَجْدَرُ[1] أن يَصِلَ إلى صاحبها.

---

(١) أي أليق.

(وإن كانت) اللقطةُ **(حَقِيرَةً، كالنَّوَى، وقشورِ الرمان، والسُّنْبُلِ بعد الحَصَادِ: يَنْتَفِعُ)** الملتقطُ **(به من غير تَعرِيفٍ)**؛ لأن تركها إباحَةٌ دلالةً، **(وللمالك أَخْذُهُ)** وقد مر بيانه آنفاً.

وفي «الاختيار»: قال أبو يوسف: من أَلْقَى شاةً ميتةً، فجاء آخَرُ، وأَخَذَ صوفها وجلدَها، ودَبَغَه: فهو له. فإن جاء صاحبها، فله أَخْذُ الصُّوفِ والجِلْدِ، وعليه ما زاد الدِّبَاغ كالغاصب. غريب مات في دارِ رجل ليس له وارث مَعروف، وخَلَّفَ مالاً، وصَاحِبُ المنزل فقير، فله الانتفاعُ به بمنزلة اللقطة.

(ويجوز التقاطُ الإبلِ، والبقرِ، والغنمِ) والفرس وسائر الحيوانات؛ لأنه مال يُتوهم ضياعُه، فيُستحبُّ أخذُه ليرده على صاحبه صيانةً لأموال المسلمين عن الخَانَةِ[1].

وعند الشافعي: تركه أولى في الإبل، والبقر، والفرس؛ لأن مبيحَ الأخذِ خَوفُ الضياعِ، وهو قليل في هذه الثلاثة لأَمْنِها عن الذئاب.

وجوابه: ما قررناه، وهو توهم ضياعه، كما فِي الغنم.

(وهو) أي الملتقط **(متبرِّعٌ فيما أَنفق عليها)** لعدم ولايته على مالكها **(إلا أن يأذن له القاضي)** في النفقة عليها **(فيكون دَيْناً على صاحبها)** لعموم ولايته. أطلق الإذنَ هنا، وهو قول بعض أصحابنا، لكن الأصحَّ أن القاضي إذا لم يشترط في إذنه للإنفاق الرجوعَ لا يَرجع، وفي إنفاق اللقيط بإذن القاضي فيما سَبَقَ.

قيده «بشرط الرجوع»، وهاهنا لم يقيده لعله اكتفى به.

وفي «الذخيرة»: إذا جاء رجل إلى القاضي بالدابة، وقال: هي لقطة لا أَدْرِي صاحبَها لا يأمره القاضي بالإنفاق، ولا بالبيع مطلقاً، لجواز أن يكون الدابةُ مغصوبةً،

---

(١) جمع الخائن كالباعة جمع البائع.

وقد احتال بهذه الحيلة ليصيرَ النفقةُ دَيناً على المالك، أو يبرأ عن الضمان بالبيع؛ لأن الغاصبَ إذا باع المغصوبَ بأمر القاضي يبرأ عن الضمان، كما لو باع بأمر المالك، بل يقول القاضي: إن كان الأمرُ كما قلتَ أمرتك بالإنفاق أو بالبيع.

(**فإن كان لها**) أي للقطة (**منفعةٌ: آجَرَها بإذن الحاكم، وأَنْفَقَ عليها**) من الأُجرة، لمصلحة بَقَاءِ العين مع عدم لزوم الدَّين، وكذلك حكم الآبق، كذا في «الاختيار».

(**وإن لم يكن لها منفعةٌ: بَاعَها**) الحاكم (**إن كان**) البيعُ (**أصلحَ**) وحَفِظَ الحاكم ثمنها؛ لأن إِبقاءَ ثمنها كإبقاء عَيْنِهَا معنًى، وإن كان الأصلحُ الإنفاقَ أَمَرَ الحاكمُ الملتقطَ بذلك، وجَعَلَها دَيناً على مالكها رَجَاءَ أن يَظهَرَ مالكها، وإن لم يظهر يبيعها، ويحفظ ثمنَها؛ لأن النفقة في إمساكها يستغرِق قيمتَها، فيتضرر به صاحبها.

(**وإذا جاء صاحبُها**) بعد الإنفاق: (**فله**) أي للملتقط (**حَبْسُها**) أي اللقطةِ عن المالك (**حتى يُعْطِيَه النفقةَ**)؛ لأنه استفاد الملك من جهته؛ لأنه صار هالكاً معنًى، وقد أحياه بنفقته، فصار كالبائع.

(**فإن امتنع**) المالكُ عن دفعِ النفقة: (**بِيعَت**) اللقطةُ (**في النفقة**) كالعبد يباع في نفقة امرأته؛ لأن أمر القاضي كأمره، فصار كأنه أنفق عليها، وحَبَسَها بأمره.

(**فإن هلكت**) اللقطةُ (**بعد الحبس: سقطتِ النفقةُ**)؛ لأنه[1] بالحبس شَابَهَ المرتهنَ، (**وقبلَ الحبسِ: لا**) أي وإن هلكت قبل حبسها لا تَسقط النفقةُ؛ لأنها أمانة.

وفي «الاختيار»: وليس في رد اللقطةِ والضالةِ والصبيِّ الحرِّ شيء واجبٌ؛ لأنه متبرِّع في الرد، فإن أعطاه المالكُ شيئاً، فحَسَن، بخلاف الآبق؛ لأن جُعلَه واجب نصّاً لا قياساً.

---

(١) أي الملتقط.

وعن الكرخي: في اللقطة إذا قال: من وَجَدَها، فله كذا، فله أجر مثلِه؛ لأنها إجارةٌ فاسدةٌ.

(ومن ادعى اللقطةَ) بأنها له: (يَحْتَاجُ إلى بينةٍ)؛ لأنها دعوى، وإذا دَفَعَها ببينة، وجاء آخرُ، فأقام بينةً أنها له إن شاء ضَمَّنَ الآخِذَ، وإن شاء ضَمَّنَ الدَّافِعَ، ولا يرجع القابضُ على الدافعِ.

وفي «الخانية»: هذا إذا دفعها بغير قضاء القاضي، وإن دفعها به لا يضمن.

وفي «الاختيار»: وإن دفعها بقضاءٍ، فهو مجبورٌ، فيرجِع[1] على القابض لا[2] غيرُ.

وفي الدفع بالبينة الصحيح أنه لا يأخذ كفيلاً من مدعِي اللقطة.

(فإن أعطى) المدعِي (علامتَها: جاز له) أي للملتقط (أن يَدفعَها إليه) كذكر علامة الدراهم، ووزنها، وعددها، ووكائها، ووصف وعائها[3]، (ولا يُجْبَرُ) الملتقط على الدفع بذكر العلامة.

وقال الشافعي: يُجْبَرُ عليه لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وعَرَفَ عِفَاصَها[4]، وعددَها، فادفعها إليه».

ولنا: أنه يدعي مالاً في يد غيره، فيحتاج إلى البينة، لقوله ﷺ: «للمدعي البينةُ»، فيحمل الأمرُ بالدفعِ على الإباحةِ جمعاً بين الحديثين.

---

(١) أي المالك.

(٢) أي لا يرجع على الدافع.

(٣) أي ظرف.

(٤) جلدة يشد بها رأس القارورة، كذا في «الصحاح».

(**ولقطةُ الحِلِّ والحرمِ: سواءٌ**) يعني لقطة الحرم تكون مملوكةً إذا لم يوجَد صاحبها، كلقطة الحل.

وقال الشافعي: لا تملك، بل يجب تعريفُ لقطةِ الحرم إلى أن يجيء صاحبها، لقوله ﷺ في ذكر أوصاف الحرم المختصة به: «لا يحل لقطتها إلا لمنشد»، المراد منه طالبها، وهو المالك.

ولنا: قوله ﷺ: «عرِّفها سنةً، ثم استنفقها» بلا فصلٍ بين لقطة الحل والحرم.

والمراد من المنشِد عندنا: المعرِّف بقرينةِ حديثٍ آخَرَ: «لا يلتقط لقطة إلا من عرَّفها».

فإن قلت: هذا الحكم عام، فَلِمَ ذَكَرَه[1] في أوصاف الحرم؟

قلنا: لدفع وهم من يتوهمُ أن لقطةَ الحرم لا تملك أصلاً، كما لا يُقطع شجرته، وأن لقطةَ الحرم غيرُ محتاجة إلى تعريفها؛ لأنها تكون للغرباء غالباً، ويكون مالكها ذاهباً، فبين أن الحرمَ كالحلِّ في حكم اللقطة.

❊ ❊ ❊

(١) أي النبي ﷺ.

كتاب الآبق

وهو العبدُ الهاربُ، فمن وَجَدَه، فهو بالخيار إن شاء دَفَعَه إلى الإمام، وإن شاء حَفِظَه بنفسه، وكذلك الضالُّ.

(وأَخْذُه) أي الآبِقِ **(أفضلُ إذا قَدَرَ عليه)** أي على الأَخْذِ؛ لأنه إِحْيَاءٌ له، وإِبْقَاءٌ له على مالكه، فكما إِحيَاءُ النَّفْسِ مندوب، فكذا إحياءُ المالِ؛ لأن للمال حُرمةً، كما في النفس.

(وكذلك الضال) وهو الذي ضَلَّ عن طريقِ منزلِه من غيرِ قَصدٍ.

(وقيل: لا) أي لا يأخذ الضال، بل تركه أولى؛ لأنه يقف مكانه، فيجده صاحبه، بخلاف الآبق.

(ويدفعُهما) أي الآبقَ والضالَّ **(إلى السلطانِ)** إن عَجَزَ عن حفظهما.

(فيَحْبِسُ) السلطانُ **(الآبقَ، دون الضالِّ)**؛ لأنه يخاف إِبَاقَ الآبِقِ دون الضالِّ.

(ومن ردَّ الآبقَ على مولاه من مسيرة ثلاثة أيامٍ) فصاعداً، وكان أَشْهَدَ عند الأخذ أنه أَخَذَه لِيَرُدَّه: **(فله عليه)** أي فللراد على المولى **(أربعون درهماً)**.

وفي «الكافي»: ليس هذا على الإطلاق؛ لأن الابنَ لو رَدَّ عبدَ أبيه لا جُعلَ له؛ لأن خدمتَه واجبة عليه. وكذا أحدُ الزوجين مع الآخَرِ؛ لأن كلًّا منهما يَحفظ مالَ صاحبِه عادةً. وأما الأبُ[1] لو وَجَدَ عبد ابنه، فإن كان الابن في عِياله، فلا جُعلَ، وإلا فله الجعلُ.

---

(١) كذلك الوصي.

قيدنا بقولنا: «وكان أشهد»؛ لأنه إن لم يشهد، فلا جعل له.

فعند أبي حنيفة: له كذلك، كذا في «التوفيق».

(**وبحسابه: إن نقصت المدةُ**) يعني إذا رده من أقل من مدة سفر يجب الجعل بحسبانه مثلاً إذا رده من نصف مسيرة سفر يجب عليه عشرون درهماً.

وفي «الأصل»: إذا وجده في المصر أو خارجه، ورده يُرْضَخُ له[1].

وعن أبي حنيفة: لا شيء له في المصر.

وإن اختلفا في مقدار الرضخ يقدِّره الإمام.

قيد بـ«نقصانها»؛ لأن الرد لو وُجِدَ من أكثر من مسيرة السفر لا يزاد عليه بحسابه؛ لأن الزيادةَ على المقدارِ الثابتِ شرعاً بالرأي غيرُ جائز، حتى لو صالح على أكثرَ من أربعين، يُطرَح الفاضلُ كيلا يكون رباً، كما لو صالح من أربعين دراهم دينٍ على خمسين درهماً.

وفي «المحيط»: لو قال المولى: أرسلتُه في حاجة، ولم يأْبَقْ لا جُعلَ عليه؛ لأن إباَقه يُعرَف من جهته، إلا أن يقيم الرادُّ بينةً على أن مولاه أقر به.

وفي «الذخيرة»: إذا قال المولى لآخر: عبدي أَبَقَ إن وجدتَه، فخُذْه، فقال: نعم. فلو وجده ورده، فلا جُعل عليه؛ لأنه استعان منه، وقد وعد له الإعانة فَوَفَى بوعده.

وقال الشافعي: الجُعلُ موقوف على شَرط المولى؛ لأن الرادَّ إذا عَمِلَ لغيره من غير عقدِ شرطٍ كان متبرِّعاً، كما لو رَدَّ العبدَ الضالَّ.

ولنا: ما روي أن ابن مسعود رضي الله عنه قدَّر الجعل في مدة السفر بأربعين درهماً من غير بيانِ شرطٍ. أما رد الضال فلم يسمع فيه إيجابُ شيء، فبَقِيَ على أصل القياسِ.

---

(١) أي يعطي له شيء قليل.

(**فإن كانت قيمتُه**) أي قيمةُ الآبقِ (**أقلَّ من أربعين درهماً**) وقد ردَّه من مسيرة سفر (**فله**) أي للراد (**قيمتُه إلا درهماً**).

وقال أبو يوسف: الجُعلُ كاملاً؛ لأنه مقدَّر شرعاً بلا تعرضٍ لقيمة الآبقِ، فيجب اتباعه.

ولهما: أن إيجاب الجعل كان لإحياء حقوق الناس نظراً لهم، ولا نظر في إيجاب أربعين برد ما لا يُسَاوِيه، ولا في إيجاب الجعل المستغرِق للقيمة، فيجب أن يَنْقُصَ منها درهم، ليَحصلَ شيء من النظر للمالك.

(**وأمُّ الولدِ، والمدبَّرُ كالقِنِّ**) في الجعل؛ لأنهما مملوكان.

فإن قيل: إنما يجب الجعل بإحياء المالية، وأم الولد لا ماليةَ لها عند أبي حنيفة؟

قلنا: لها مالية باعتبار كسبها؛ لأن المالك أحق به. فإن مات المولى قبل أن يصلا إليه، فلا جعلَ له؛ لأنهما يعتقان بموته، بخلاف القن. هذا في المدبر الخارج من الثلث ظاهرٌ.

وأما في غير الخارج منه، فلأنه حر مديون عندهما. وكالمكاتب عنده[1]، فلا جعل برد المكاتب؛ لأنه أحق بكسبه، والمولى لم يستفد بهذا الرد، إلا بدل الكتابة، وكان بمنزلة رد غريمٍ له عليه دين.

(**والصبيُّ المالكُ كالبالغِ**) في إعطاء الجعل؛ لأنه مؤونة الملك.

وفي «الاختيار»: رد أمةً معها ولدها، فله جعلٌ واحدٌ، إلا أن يكون مُرَاهِقاً، فيجب ثمانون درهماً.

(**وينبغي**) للآخذ (**أن يُشهِد أنه يأخذُه ليردَّه**) على صاحبِه.

---

(١) أبي حنيفة.

(وإن لم يُشْهِدْ ضَمِنَه) وقد بيناه، وبَيَّنَّا الاختلافَ فيه في اللقطةِ.

(فلو أَبَقَ) العبدُ (من يده) أي من يد الآخِذِ (لا يلزمه شيءٌ) من التضمين؛ لأن الآبِقَ كان في يده أمانةً على تقدير أَخْذِه بالإشهادِ.

وفي «القنية»: رادُّ الآبِقِ إذا استعمَله في الطريق في حاجةِ نفسِه، ثم أبق منه يَضْمَنُ، ولا شيء له لأنه في معنى البائع من المولى، ولهذا كان للآخِذِ أن يحبِسَ الآبَقَ من المولى لاستيفاء الجعلِ، فصار كالمبيع الهالك في يد البائع.

(وإن كان) الآبق (رهناً: فالجعلُ على المرتهن)؛ لأنه وَجَبَ بجناية الرهنِ، وهي في ضمان المرتهن.

وفي «الاختيار»: وإن كان بعضه خالياً عن الدَّين، فعلى المالك بقدرِه من الجعل، كما في الفداء في الجناية. ولو كان بين جماعة، فالجعل عليهم بقدر الأَنْصِبَاءِ؛ لأنه مؤونة الملك.

(وإن كان) الآبقُ (جانياً: فعلى مولاه) أي الجعل عليه (إن فَدَاه) بالأَرش (وعلى وليِّ الجناية) يعني الجعل عليه (إن أعطاه) المولى إليه؛ لأن منفعته لمن يستقر الملك له، والجعل يَتْبَعُ المنفعةَ.

(وحُكمُه) أي حكم الآبق (في النفقة) في التبرع، وإذنِ القاضي وحبسه بها بعد الرد (كاللقطة).

وفي «الاختيار»: اشترى آبقاً، فرده لا جعل له؛ لأنه عمل لنفسه. وإن قال: لم أقدر على رده إلا بالشراء، وإنما اشتريتُ لأرده، وأقام البينةَ على ذلك، فله الجعل؛ لأنه أخذه ليرده، وهو متبرِّع في الثمن. وإذا حبس السلطان الآبق مدة، ولم يجئ له طالب، إن شاء باعه، وإن شاء أَنْفَقَ عليه من بيت المال، وجعلها دَيناً على المالك أو في ثمنه. ولا يؤاجره خَوْفَ الإباق. أما الضال، فيؤاجِره ولا يبيعه.

كتاب المفقود

المفقود المعدوم لغة، يقال: فقدتُ الشيءَ إذا طلبتَه فلم تجده.

وفي الشرع ما قال في المتن.

(وهو) أي المفقود **(الذي غاب)** عن أهله، وبلده، أو أَسَرَه العدوُّ، **(فلم يُعْلَمْ حياتُه، ولا موتُه، فهو حي في حق نفسه)** حيث **(لا تتَزَوَّجُ امرأتُه، ولا يُقْسَمُ مالُه)** بين ورثته، **(ولا تُفْسَخُ إجارتُه)**؛ لأن ملكه كان ثابتاً في ماله، وزوجته، ومنافع ما استأجره، وغيبوبتُه لا توجب الفرقةَ، والموتُ محتمَل، فلا يزول الثابتُ باليقين بالاحتمال، لكن ورثته لو أقروا بموته، وفي[1] أيديهم مال قَسَمَ القاضي بينهم. ولا يعتبر إقرارهم في دينه ووديعته إذا جحد الغريمُ والمودَعُ موتَه؛ لأنهم يدعون حق القبضِ والانتزاعَ عن أيديهما، فلا يُقبل بلا بينة، كذا في «المحيط».

وهو **(ميتٌ في حقِّ غيرِه)** حيث **(لا يرثُ ممن مات في حال غَيْبَتِه)**؛ لأن كونَه وارثاً مشكوكٌ فيه لكونِ حياته مشكوكاً فيها، فتوريثُ الوارثِ المتيقَّنِ أولى، ولكن يوقف نصيبه من مال مُورثه، كما في الحمل. فإذا مَضَت المدةُ، وحُكِم بموته، فمالُه لورثته الموجُودِينَ عند الحكم بموته، وما كان موقوفاً لأجله من مال مُورثه يُـرَدُّ إلى وارث مُورثه الذي وُقِفَ من ماله.

(ويُقيمُ القاضي) أي يَنصِبُ القاضي **(من يَحْفَظُ مالَه)**؛ لأنه ناظر لكل عاجز عن نظرِ نفسه **(ويَسْتَوْفِي غَلاَّتِه)** وديونَه التي أقر بها غرماؤه **(فيما لا وكيلَ**

---

(١) حال.

له فيه) وكذا يؤدي القاضي دينه من ماله الذي من جنس ما عليه إذا عَلِمَ وجوبُه ولا يطلب[١] حقوقه[٢] من العقارِ والعروضِ التي في يد رجل؛ لأنه محتاج إلى الخصومةِ، وهو[٣] ليس بخصم اتفاقاً؛ لأنه وكيل من جانب القاضي، والخلافُ في أن الوكيلَ بقبض الدين وكيلٌ بالخصومة، إنما جَرَى في وكيلٍ منصوبٍ من المالك. وليس للقاضي أن يَنْصِبَ وكيلاً من الغائب للخصومة له أو عليه، خلافاً للشافعي. ولو فَعَلَ القاضي، وحَكم نَفَذَ اتفاقاً؛ لأنه قضاءٌ في مجتَهَدٍ فيه، كما لو حَكَمَ بشهادة المحدودِ في قَذفٍ.

وفي «فصول الأستروشني» في أواسط الفصل الرابع: القاضي إذا قضى على الغائب، وهو لا يرى ذلك.

قال محمد: لا ينفذ.

وقال أبو يوسف: ينفذ.

وذكر الفضلي قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، وعليه الفتوى.

كذا ذكر في «الفتاوى الصُّغرى».

(ويبيعُ) الوكيلُ المنصوب **(من أمواله ما يخاف عليه الهلاكُ)** لتعذر حفظه بصورته، فيحفظه بمعناه، وهو الثمن.

قيد بـ«الخوف»؛ لأن ما لا يخاف هلاكه لا يباع.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الرابع: القاضي يبيع عبدَ المفقود ومنقولَه، ولا يبيع عقارَه ولو باع جاز.

---

(١) أي المنصوب من قِبَلِ القاضي.

(٢) مفقود.

(٣) أي المنصوب.

(**ويُنفِقُ**) المنصوبُ، بخلاف المودَع حيث لا يجوز له الإنفاقُ بما عنده بغير قضاء القاضي (**من ماله**) أي المفقودِ (**على من تجبُ عليه نفقتُه حالَ حضوره بغير قضاءٍ**) القاضي كزوجته، ووالديه، وأولاده الصغار والكبار الزَّمِن، حتى إذا تمكنوا من ماله جاز لهم أن يأخذوه لنفقتهم.

المراد من مال الذي ينفق منه النقدانِ والمكيلُ والموزونُ.

وأما عروضه، فلا يباع لنفقتهم اتفاقاً، إلا عند أبي حنيفة، فإنه جَوَّزَ للأب بيع عروضه لنفقته نفسه.

احترز بهذا القيد عمن لا تجب نفقته على الغائب حالَ حضوره إلا بقضاء كالأخِ، والأختِ، والخالِ، فلا يُنْفِقُ عليهم من مال المفقود؛ لأن نفقتَهم محتاجة إلى القضاء، وهو على الغائب غيرُ جائز؛ لأن القضاءَ لقطع الخصومة، وهي من الغائب غيرُ متصور.

اعلم أن الإنفاقَ من مال المفقود إنما يجوز إذا كان المالُ في يد القاضي، أو كان دَيناً أو وديعةً، وأقر المديونُ أو المودَعُ بالنكاح أو النسب.

وأما إذا أنكراهما لا يُنْفِق عليهم، وليس لأحدٍ من مستحق النفقة أن يُثبت النكاحَ أو النسبَ بالبينة؛ لأنه دعوى على الغائب.

(**وإذا مضى له**) أي للمفقود (**من العُمُرِ**) أي من عمره من وقت ولادته (**ما لا يعيشُ**) أي مدةً لا يعيش (**أقرانُه**) إلى تلك المدة بأن مات جميعُ أقرانه في بلده لا في الدنيا، حتى لو بقي واحدٌ منهم لا يُحكَم موته، كذا في «الخلاصة»: (**حُكِمَ بموتِه**)؛ لأن عيشَ إنسان بعد موت جميع أقرانه نادرٌ. هذا هو ظاهر الرواية، وهو الأقيسُ إذا لم يَرِدْ نصٌّ في المقدار.

وعن أبي حنيفة: أنها مقدَّرة بمائة وعشرين سنةً من وقت ولادته؛ لأنه نهايةُ أعمارِنا.

وعن أبي يوسف: مائة سنة.

وقيل: مقدرة بتسعين سنةً؛ لأنه غاية أعمار زماننا، وهو الأرفق بالناس، كذا قال الصدر الشهيد، وعليه الفتوى؛ لأنه أقل المقادير، وفي تفحص موت الأقران حرج، واعتدت زوجتُه عدة الوفاة، وقُسِمَت تركته بين ورثته الموجودين وقتَ الحكم، كما بيناه؛ لأنه كأنه مات في ذلك الوقت، فلم يَرِثْ منه مَن مات قَبْلَه.

وقال مالك: إذا مَكَثَت امرأةُ المفقودِ أربعَ سنين يُفَرِّقُ القاضي إن سألت ذلك، وتعتدُّ عدةَ الوفاةِ، ثم تَتَزَوَّجُ من شاءت. فإن جاء الزوجُ الأولُ قَبلَ دخول الزوج الثاني، فهو أحقُّ بها. وإن جاء بعده، فلا سبيل لها.

له: أن عمر رضي الله عنه قَضَى هكذا.

ولنا: أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأته حتى يأتيها البيانُ من موتٍ أو طلاقٍ.

وعن عمر: أنه رَجَعَ إلى قول علي رضي الله عنهما.

❊ ❊ ❊

كتاب الخنثى

وهو فُعْلَى من الخَنْثِ، وهو اللِّينُ والتَّكَسُّرُ. وسُمِّيَ الخُنْثَى؛ لأنه يَكْسرُ ويَنْقُصُ حالُهُ عن حال الرجال. ويفوقُ عن حال النساء حيث كان له آلةُ الرجال والنساء. وقال عُمر النسفي: أو ليس له هذا ولا هذا[١]، ويخرج حَدَثُه من دُبُرِه أو من سُرَّتِهِ.

(**إذا كان للمولودِ ذَكَرٌ وفَرْجٌ: فهو خُنْثَى**).

(**فإن بَالَ من أحدِهما: اعتُبِرَ به**) أي بذلك الْمَبَالِ، فإن كان ذكراً فغلام، وإن كان فرجاً فأنثى.

(**إن بال منهما: اعتُبِرَ بأَسْبَقِهِمَا**) يعني إذا بال من الذكر، أو سبق خروجُ البول منه يكون غلاماً. وإذا بال من الفرج أو سَبَقَ منه يكون أنثى؛ لأن كلًّا منهما يدل على قوة ذلك العُضْوِ.

(**فإن كانا معاً**) أي إن كان البولُ والسَّبقُ صَادرَيْنِ معاً من العُضْوية: (**فهو خنثى مُشْكِلٌ**) أي مشكل أَحْكَامُهُ عند أبي حنيفة، حتى قال: لا علم لي به.

وقالا: أي الفرجين أكثرُ بولاً حين خروجه منهما معاً يكون معتبراً؛ لأن كثرةَ بوله يدل على قوته وأصالته.

وله: أن الكثرةَ في أحدِهما يحتمل أن يكونَ لضِيق مَخرج الآخَرِ، فلا يدل على القوة، وإن كانا في الكثرة سواءً، فهو خنثى مشكِلٌ اتفاقاً، لانعدام المرجح.

---

(١) أي ليس له آلة الرجال ولا آلة النساء.

(فإذا بلغ: فظَهَرَتْ له أماراتُ الرجال) أي علاماتهم كاللحية، ووطء النساء، والاحتلام من الذكر: (فهو رجلٌ)؛ لأن هذه علامة تخص الرجالَ.

(وإن ظَهَرَت) له (أماراتُ النساءِ) كالثدي، والحيضِ، وإمكانِ الوصول إليه من فرجه: (فهو امرأةٌ)؛ لأن هذه علامة تخص النساء.

(وإن لم تَظْهَرِ الأمارتان، أو تَعَارَضَتَا) بأن يكون له لحية وثدي (فهو خنثى مشكِل).

قال الطحاوي: (قال محمد: الإِشكالُ قبل البلوغ، فإذا بلغ، فلا إشكالَ) اعتباراً للغالب.

قال النسفي: وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلائم.

(وإذا حُكِمَ بكونه خنثى) مشكِلاً (بعد البلوغ يؤخذُ فيه بالأَحْوَطِ) والأَوْثَقِ من أمور الدين، فلا يُحكَم بما وقع الشكُّ في ثبوته، ويُرَجَّحُ الْمُحَرِّمُ على الْمُبيحِ.

(فيُورَث) هذا تفصيل للأخذ بالأحوطِ، أي يورَث ذلك الخنثى (أَخَسَّ السهمين) أي أقل سهمي الذكر والأنثى، يعني أَسْوَأَ الحالين[1] عند أبي حنيفة. فلو وَرِثَ مع ابن، فله سهمٌ سهمُ أنثى، وللابن سهمان لأن الأقل متيقَّن.

وقالا: له نصفُ ميراثِ ذكر وأنثى، وهو قولُ الشعبي، واتفقا عليه، لكن اختلفا في التخريج، فيعطِيه أبو يوسف ثلاثةَ أسهمٍ من سبعةٍ، وللابن أربعةٌ؛ لأن الخنثى ابن في حال، وبنت في حال، وللبنت في الميراث نصفُ الابن، فيُجْعَلُ له نصفُ كلِّ حال، فيكون له ثلاثةُ أرباع ابنٍ، فكأنه اجتمع ابنٌ، وثلاثة أرباعِ ابنٍ، فإذا جُعِلَ كل ربع سهماً يكون له ثلاثة أسهم، وللابن أربعة أسهم.

---

(١) أي حال الذكورة وحال الأنوثة.

ويعطيه محمد خمسةً من اثني عشر؛ لأنه إن كان ذكراً، فالمالُ بينهما نصفان، وإن كان أنثى، فالمالُ بينهما أثلاث، فيُعطيه نصف كل حال، وللابن كذلك، فاحتاج[1] إلى حساب يُقسَم نصفه نصفين، وثلُثه نصفين، وأقل ذلك اثنا عشر، فللخنثى نصف ستة، ونصف أربعةٍ، فيكون خمسة وللابن نصفُ ثمانيةٍ ونصفُ ستةٍ، فيكون سبعة.

وإنما فسرنا أقل النصيبين بأسوأ الحالين؛ لأنه لو لم يرد بأقل النصيبين أسوأ حالي الذكورة والأنوثة لاشتبه الأمرُ فيما إذا كان بحيث يورث في إحدى الحالين، ويحرُم في الأخرى، كما إذا تركت زوجاً وأختاً لأب وأم وخنثى لأب، فإنه إذا جُعِل أنثى كان له سهم من سبعة، وإن جعل ذكراً لم يكن له شيء، فلما أريد بأقل النصيبين أسوأ الحالين كان الحكم شاملاً لهذه الصورة بأنه يُجعَل ذكراً، فلا يستحق الإرثَ، كذا في «شرح الفرائض» للسيد.

اعلم أن نصيبَ الخنثى على تخريج أبي يوسف أكثرُ من نصيبه على تخريج محمد؛ لأن ثلاثةً من سبعةٍ أكثرُ من خمسةٍ من اثني عشر؛ لأنا لو زِدنا نصفَ سُبُعٍ على ثلاثةِ أسباعٍ يصير نِصفَ المال. ولو زدناه على الخمسةِ لا يصير نصفَ المالِ.

(ويَقِفُ) الخنثى (**بين صفِّ الرجالِ والنساءِ في الصلاةِ**)؛ لأنه إن كان رجلاً لا يجوز وقوفه في صف النساء، لئلا تَفْسد صلاته. ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صف الرجال، لئلا تَفْسُد صلاتهم، فيَقِفُ بينهما.

(**وإن صلى في صفِّ النساءِ: أَعَادَ**) صلاتَه، لاحتمال كونِه رجلاً.

(**وفي صفِّ الرجالِ**) ولو صلى في صَفِّهم (**يُعيدُ مَن عن يمينه**) أي الذي في جانب يمينه (**ويسارِه**) ومَن خَلفه بحذائه صلاتَـهم، لاحتياط كونه امرأةً.

---

(١) محمد.

(**ويصلي بِقِنَاعٍ**) وهو بالكسر ما تُغَطِّي به المرأةُ رأسَها، لاحتمال كونه امرأةً، ويَجْلِسُ كما تَجْلِسُ المرأةُ.

(**ولا يَلبَسُ الحريرَ، والحُلِيَّ**) جمع حَلي كثدي جمع ثَدْي، لاحتياط كونه رجلاً.

(**ولا يَخلُو به غيرُ مَحْرَمٍ، رجلٌ، ولا امرأةٌ**) بدل من «غيرُ».

(**ولا يسافرُ بغير مَحْرَمٍ**) من الخنثى احتياطاً.

(**وتُبتاع**) أي تشترَى (**له أمةٌ تَخْتِنُهُ**) إن كان له مال؛ لأنه لا يجوز أن يَخْتِنَه رجل، ولا امرأةٌ، لما بينا. ويجوز لجاريته النظرُ إلى فرجه رجلاً كان أو امرأة.

(**ثم تُبَاعُ**) تلك الجاريةُ بعد الخَتنِ لاستغنائه عنها.

(**فإن لم يكن له مالٌ: فمن بيتِ المالِ**) أي تشترَى أَمَةٌ منه؛ لأنه مُعَدّ لمصالح المسلمين، ثم تُباع بعد الختن، ويُرَدُّ ثمنها إلى بيت المال.

وفي «الاختيار»: وإذا كان صغيراً لا يُشتَهَى جاز ختانه للرجلِ والمرأةِ.

وعن أبي حنيفة: أنه [إن] تزوج امرأةً، فإن كان رجلاً صح النكاحُ، وجاز لها النظرُ إلى فرج زوجها. وإن كان امرأة، فلا نكاحَ، لكن يجوز للمرأة النظرُ إلى فرج المرأة للضرورة.

ولا يرث الخنثى من مولى أبيه، لاحتمال أنه أنثى. ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكراً، وبخمسمائة إن كان أنثى، فولدت خنثى، فله خمسمائة احتياطاً، إلا إن تبين غيرُ ذلك، وإن قَتَلَه قاتل خطأً، وقال: إنه أنثى، فالقولُ قوله لإنكاره الزيادةَ. ولا قصاص في أَطرافه أصلاً. ولو ارتد لا يُقتَل. ولا يَدخل في القسامة. ولا يُقَدَّرُ عليه الجزية لو كان كافراً. ولو أُسِرَ لا يُقتَل لاحتمال أنه أنثى، ولا يحد قاذفه؛ لأنه إن كان رجلاً، فهو كالمجبوب وإن كانت امرأةً، فهي كالرَّتْقَاءِ، ولا يُحَدُّ

قاذفهما؛ لأن الحدَّ لنفي التهمة، وهي منتفيةٌ عنهما. ولو قال لامرأته: إن كان أول وَلَدٍ تَلِدِينَه غلاماً، فامرأته طالق أو فعبده حر، فوَلدت خنثى لا يَحْنَثُ ما لم يَستَبِنْ أمره. ولو قال: كلُّ عبدٍ له حر، أو كل أمة له حرة لا يَعتِق الخنثى، حتى يَسْتَبِين أَمرُهُ. ولو بَانَ[1] الأمْرَانِ عَتَقَ للتيقن.

(وإذا مات) الخنثى **(ولم يَستبِنْ)** أي ولم يظهر **(حالُه: يُـمِّمَ)** بضم الياء وكسر الميم المشددة، أي جُعِلَ ذا تيمم، لتعذرِ أن يَغسِلَه رجلٌ أو امرأةٌ، ثم إن الْمُيَمِّمَ إن كان مَـحْرَماً من الخنثى، فبدون الخِرقة. وإن لم يكن فبالخرقة. وإذا اجْتَمَعَت الجنائزُ جُعِلَتْ جنازته بين جنازة الرجل والمرأة، لما مر في الصلاة في حياته.

(ثم يُكَفَّنُ، ويُدفَنُ كالجارية) أي كالبنت، يعني يُكَفَّنُ في خمسة أثوابٍ، ويُسَجَّى قَبرُه احتياطاً في إقامة السنة.

* * *

(١) أي ظهر.

كتاب الوقف

وهو في اللغة: الحبس.

وفي الشرع ما قال في المتن.

(وهو) أي الوقف (حَبسُ العَينِ على مِلكِ الوَاقفِ، والتصدُّقُ بِالمنفعةِ) عند أبي حنيفة، فيجوز رجوعه كالعارية، ويورَث عنه.

وعندهما: حَبْسُ العَين عن التمليك مع التصدقِ بمنفعتها، فيكونُ العينُ زائلةً إلى ملكِ الله من وجهٍ.

وروي عن أبي حنيفة: أنه غيرُ جائز؛ لأن الوَقفَ تصدُّقٌ بالمنفعة، وهي معدومةٌ، فتَصَدُّقُهَا غيرُ متصوَّر، لكنَّ الروايةَ الصحيحةَ عنه أنه جائز.

(ولا يَلزمُ) الوقفُ ولزومه بأن لا يصح رجوع، والقاضي آخر إبطاله (إلا أن يَحكَم به) أي بلزومه (حَاكمٌ) وطريقه: أن يريدَ الواقفُ الرجوعَ بعدما سلَّمه إلى المتولي مُحْتَجّاً بعدم اللزوم عند أبي حنيفة، فيَختصمان إلى القاضي، فيَقضِي باللزوم على قولهما فيَلزَم؛ لأنه قَضَى في مَحَلٍّ مجتهَد فيه. ولو حَكَّما رجلاً، فحَكم بلزومه، فالصحيحُ أن الوقفَ لا يَلزم به (أو يقولَ) الواقفُ: (إذا متُّ فقد وقفتُه) على كذا. وهذا الوقف إنما يكون لازماً بعد الموت بالاتفاق لا قبله؛ لأنه بمنزلة الوصية بالغلة[1]، ولزومُ الوصية إنما يكون بعد الموت.

---

(١) أي غلة ما يحصل من ريع أرض أو شجر أو كرم يقال: أغلت الضيعة أي أخرجت الريع.

وفي «الخانية»: قال الطحاوي: الوقف في مرض الموت كالمعلق بما بعد الموت، والصحيح أنه بمنزلة الوقف في الصحة، فلا يلزم عنده، ويلزم عندهما من الثلث؛ لأن حق الورثة تعلق بماله، بخلاف وقف الصحة، إلا أن يقول: وقفتُها في حياتي وبعد مماتي مؤبَّداً، فحينئذ يكون لازماً عنده، ويصير الأبدُ فيه، كعمري الموصَى له بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت، فعلى هذا لا يكون لزومُ الوقف مُنْحَصِراً في القيدين المذكورين.

ذكر الإمام السرخسي: والذي جَرَى الرسمُ في زماننا أنهم يكتبون إقرارَ الواقف بأن قاضياً قَضَى بلزوم هذا الوقف، فليس بشيء؛ لأن إقرارَه لا يصير حجةً على القاضي الذي يريد إبطالَه.

وفي «المحيط»: لو قال: إن متُّ من مرضي هذا، فقد وقفتُ داري على كذا لا يصح؛ لأن تعليقَ الوقف بالشرط غيرُ جائز، لما فيه من معنى تمليك الغَلةِ من الفقراء. ولو قال: إن متُّ، فاجعَلوا هذه الدارَ وقفاً يصح؛ لأن هذا تعليقُ التوكيل بالشرط، وهو جائز إلى هنا كلامه.

وقالا: الوقف لازم مطلقاً يعني سواء وُجِدَ أحدُ القَيدَين المذكورَين[1] أو لا، لأنه قَصَدَ بالوقف استدامةَ الخير، فوجب أن يَخْرُجَ عن مِلكه، ويَخْلُصَ لله تعالى، كما لو جَعَلَ دارَه مسجداً يكون خالصاً لله تعالى.

ولأبي حنيفة: أن غَرَضَه التصدقُ بمنفعةِ ماله، وذا يَقْتَضِي بَقَاءَه على ملكه، ولهذا اعتُبِرَ شرط الواقف فيه[2]، وبقي تدبيره بعده في نَصْب القيم، وتَوزيع[3] الغَلةِ، بخلافِ المسجدِ، فإنه خالص لله تعالى، ولهذا لا يُنْتَفَعُ به بشيء من مَنَافع الملك.

---

(١) أحدهما: حكم الحاكم بلزومه. والآخر: قول الواقف إذا متُّ فقد وقفته.

(٢) وقف.

(٣) تقسيم.

(ولا يجوز وَقفُ الْمُشَاعِ) فيما يَحتمل القِسمةَ عند محمد؛ لأن القَبضَ عنده شرط، وهو لا يَتم مع الشيوع كالصدقةِ والهبةِ.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ لأن الوقفَ عنده إِسقاطُ الْمِلكِ، والشيوعُ لا يمنعه.

قيدنا بقولنا: «فيما يحتمل القسمة»؛ لأنه[1] فيما لا يحتمل القسمةَ جائز اتفاقاً، إلا في المسجد والمقبرة، فإن وقفَ المشاع فيهما لا يجوز إجماعاً؛ لأنه لو جاز لاحتيج إلى المهايات[2] بأن يصلي في المسجد يوماً، ويكون إصطبلًا يوماً، ويُدفن في المقبرة سنةً، ويُزْرَعُ أخرى وذا قبيح، بخلاف سائر الأوقاف؛ لأن المهايات في استغلاله غير قبيح، والفتوى على قول أبي يوسف.

(وإن حَكم) القاضي (به) أي بجواز وقف المشاع (جاز)؛ لأنه قضاء في مجتهَدٍ فيه.

وإن طلب الشريكُ القسمةَ يُقسَم؛ لأنها إِفْرَازٌ وإن[3] كان فيها معنى المبادلة، إلا أنا غَلَّبنا جهةَ الإفراز نظراً للواقف. فإن كان الشريكُ غيرَ الواقف يُقَاسِمُه الواقفُ؛ لأن الولاية له. وإن كان هو يقاسمه القاضي لئلا يتولى الطرفين، ولا يجوز أخذُ الدراهم فيها للوقف؛ لأنه يصير بيعاً للوقف. ويجوز أن يُعطيه دراهم من الوقفِ؛ لأنه يصير مشترياً للوقف.

(ولا يجوز) الوقفُ (حتى يَجْعَلَ) الواقفُ (آخرَه لجهةٍ لا تنقطع أبداً) كالعلماء والفقراء.

وقال أبو يوسف: يجوز، ويكون بعد انقطاع جهته للفقراء؛ لأن الوقفَ إزالةُ الملك إلى الله تعالى، وذا يقتضي التأبيدَ، فلا حاجة إلى ذكره.

---

(١) وقف.

(٢) تناوب.

(٣) وصل.

ولهما: أن الوقفَ تصدقٌ بالمنفعةِ، وذا يحتمل أن يكون مؤقَّتاً ومؤبَّداً، فلا بد من التنصيص[١] بتأبيده؛ لأنه يُبطِله التأقيتُ، كما يُبطِل البيعَ.

قيدنا بـ«الفقراء»؛ لأن الغني ليس بمصرف للوقف، حتى لو صرَّح الواقفُ على الأغنياء وحدهم لا يجوز.

ولو وقف على طائفةٍ من الأغنياء، ثم بعدهم على الفقراء يجوز، فيعتبر شرطه، فيكون صِلَةً[٢] للأغنياء، كذا في «المحيط».

وفيه: اعلم أن الخلاف فيما إذا وقف مطلقاً، أو على شخص بعينه، ولم يَذكر معه اسمَ الله تعالى، أو لفظَ الصدقة، حتى لو قال: هذه الموقوفةُ لله تعالى، أو قال: هذه صدقةٌ موقوفةٌ على فلان جاز الوقف اتفاقاً؛ لأن المرادَ من ذكر اسم الله أن يكونَ للفقراء عادةً. وكذا عُرِف من ذكرِ الصدقة أنه أراد به الوقفَ على الفقراء دلالةً؛ لأن الصدقة إنما تكون للفقراء، فذكرُ فلان يدل على أنه يختص بالغَلَّة ما دام حيّاً، فمتى مات يُصرَف إلى الفقراء.

وفي أحد قول الشافعي يدخل الموقوفةُ في ملك الموقوف عليه إن كان مُعَيّناً، لكن ليس له أن يبيعه وإن[٣] كان من وجه ينتقل الملكُ إلى الله تعالى؛ إذ لو لم يكن كذلك لكان مُسَيَّباً؛ لأن ملك الواقف زال عنه، وذا لا يجوز.

ولنا: أن الوقفَ ليس بتمليك، ولهذا لم يجز للموقوف عليه أن يبيعَه كسائر أملاكه، فلا يدخله في ملكه. وما ذكره منقوض بالعبد المشترَى لخدمة الكعبة[٤].

---

(١) تصريح.

(٢) عطاء.

(٣) وصل.

(٤) وآلة المسجد وستارة الكعبة.

وفائدةُ هذا الخلاف تَظهَر فيما إذا كان الموقوفُ عبداً، وتَعَطَّلَ عن الكسب، فنفقته على الموقوف عليه عند الشافعي، وفي بيت المال عندنا.

وفي «فصول الأستروشني» في أول الفصل الثالث عشر: أن القضاء بالوقفية يكون قضاءً على الناس كافةً، حتى لو ادعى أرضاً في يدي رجل أنها وُقِفت على جهة كذا، وأنا متولٍّ، وأثبت الوقفَ بالبينة، وقضى بها على ذي اليد. فلو ادعى رجل هذه الضيعةَ لنفسه لا يُسمع، فأُلْحِقَ بالقضاء بحرية الأصل.

وعند البعض: أنه لا يكون قضاءً على الناس كافةً، فألحقه بالقضاء بالملك.

وفيه أيضاً متولي الوقف إذا أسكن رجلاً دار الوقف بغير أجر؟ ذكر هلال أنه لا شيء على الساكن. وعامة المتأخرين على أن عليه أجر المثل، سواء كانت الدار مُعدّة للاستغلال أو لم تكن صيانةً للوقف عن أيدي الظلمة، وقطعاً للأطماع الفاسدة، وعليه الفتوى.

وكذا الرجل إذا سكن دار الوقف بغير أمر الواقف، وبغير أمر القيِّم كان عليه أجر المثل بالغاً ما بلغ.

(ويجوز وقف العقار)؛ لأنه متأبد **(دون المنقولِ)** يعني لا يجوز وقفه، لعدم تحقق التأبيد فيه.

وقالا: يجوز ما كان تبعاً كآلات الحرث والبقر وعَبيده الأَكَرَة[1] مع الضيعة[2]، كما جاز بيعُ الشِّرْبِ تَبَعاً للأرض.

(وعن محمد) مروي **(جوازُ وقفِ ما جَرَى فيه التعامُلُ كالفأسِ والقدومِ)** بفتح القاف، وهو ما يُنْحَتُ به الشَّجَرُ **(والْمِنْشَارِ)** بكسر الميم **(والقدورِ)** جمع قِدر

---

(١) وهي بالفتحات جمع الآكر، وهو الزارع.

(٢) وهي المزرعة.

(والجِنازةِ) بكسر الجيم، وهو السريرُ لحمل الميت، وكذا ثيابها (والْمَصَاحِفِ، والْكُتُبِ) إنما أجازه مع أن القياسَ ألا يجوزَ لانعدام التأبيدِ والتبعيةِ في هذه الأشياء، لوجودِ تعاملِ الناسِ في وقفها، والقياسُ قد يُتْرَكُ بالتعامل كالاستصناع، قال ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن».

وعن زفر: أن وقف الطعام والدراهم جائز بأن يباع الطعام، فيدفع ثمنه مضاربةً، كذا تدفع الدراهم مضاربة، ويصرف ما ربح على الوجه الذي وقف عليه، كذا في «شرح المجمع» لابن ملك.

(ولا يجوز بما لا تعاملَ فيه) كالثياب والأمتعة؛ لأن من شرط الوقف التأبيد، كما بينا.

(وعليه) أي على قول محمد (الفتوى) لحاجةِ الناسِ وتعاملهم بذلك.

(ويجوز حبسُ) أي وقف (الكُرَاعِ) وهو الخيلُ، وفي حكمه الإبلُ (والسلاحِ) وكذا الدُّرُوعُ، لوُرُودِ الأثر في هذه الثلاثة. وما روي أن عمر رضي الله عنه شكا عن خالد بن الوليد حين مَنَعَ منه الزكاةَ، فقال ﷺ: «لا تظلموا خالداً، فإنه حبس أكراعه[1]، وأَعْتُدَهُ في سبيل الله». ويروى «دروعه». والأَعْتُدُ آلاتُ الحربِ، والقياس إنما يُتْرَكُ بِالنصِّ، والنَصُّ وَرَدَ في هذه الثلاثة، فيبقى فيما وراءه على القياس.

(ولا يجوز بيعُ الوقفِ ولا تمليكه)؛ لأن الوقفَ إزالةُ الملك لا إلى مالك كالإعتاق، وقد بيناه.

(ويُبْدَأُ من ارتفاعه) أي مِن غَلَّةِ الوقفِ (بعمارته، وإن لم يَشْتَرِطْها الواقفُ) «إن» هذه للوصل يتصل بقوله: يبدأ، أي ويبدأ من غلة الوقف بعمارته وإن[2] لم

---

(١) جمع كراع.
(٢) وصل.

يشترطها الواقف؛ لأن مقصودَه الانتفاعُ بما وَقفه على التأبيد، وهو إنما يحصُل ببقائه، فجُعِلَ الواقفُ شارطاً دلالةً. ولو كان شَرَطَ الواقفُ لا يزاد على ما شَرَطَه.

(**فإن كان الوقفُ على غني عَمَرَه من ماله**) لانتفاعه به (**فإن امتَنَعَ**) الغني عن عمارته، أو افتقر، ولم يقدِر عليها (**فمن أجرته**) أي فيُعْمَرُ من أجرة الوقف بأن آجره الحاكمُ وعَمَرَه بأجرته، ثم ردَّه إلى الموقوفِ عليه.

قيدنا بـ«الحاكم»؛ لأن مَن له السكنى لا يجوز إجارته لعدم مالكيته.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثامن: اشترى داراً، وسكنها، ثم ظهر أنها وقف، أو كانت للصغير يجب عليه أجرُ المثل صيانةً للوقف والصغير.

وفي «الأَمَالي[1]»: رجل وقف أرضاً على أولاده، وجعل آخره للفقراء، فمات بعضهم؟

قال هلال رحمه الله: يُصرَف الوقفُ إلى الباقي، فإن ماتوا يُصرَف إلى الفقراء لا إلى ولد الولد.

ولو وقف على أولادٍ، وسماهم فقال: على فلان وفلان وفلان، وجعل آخرَه للفقراء، فمات واحد منهم، فإنه يُصرَف نصيبُ هذا الواحد إلى الفقراء، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى وَقَفَ على أولاده وبعد موت أحدِهم بقي أولاده، وهاهنا وَقَفَ على كل واحد منهم، وجَعَلَ آخرَه للفقراء، فإذا مات واحدٌ منهم كان نصيبُه للفقراء.

وفي «جامع الفصولين»: إذا وقف على أولاده، وأولاد أولاده هل يدخل فيه أولاد البنات؟ فيه روايتان، والفتوى على أنهم لا يدخلون.

---

(١) وهو اسم فتاوى قاضيخان.

(وما انهدم من بناء الوقف وآلته) أي آلة البناء كالخشب وغير ذلك **(صُرِفَ في عمارته)** ليبقى على التأبيد.

(فإن استغنى الوقفُ عنه) أي إن لم يكن للوقف حاجة إلى صرف ما انهدم إليه **(حُبِسَ لوقتِ حاجته)** أي يحفظ ذلك المنهدِم إلى وقت حاجة الوقف، فيُصْرَفُ إليه؛ لأنه لا بد من العمارة، فيحفظ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثلاثين: ولو اشترى حصيراً، أو حشيشاً، قنديلاً للمسجد، ثم وقع الاستغناء عنه، عاد إلى ملكه إن كان حيّاً، وإلى ورثته إن كان ميتاً.

وعلى قول أبي يوسف: يباع، ويصرف ثمنه إلى حوائج المسجد.

وإن استغنَى الناسُ عن هذا المسجد يُصْرَف إلى مسجد آخر.

(وإن تعذر إعادةُ عَينه) يعني صَرْفَ عينِ المنهدِم إلى موضع في الوقف **(بِيعَ، وصُرِفَ الثمنُ إلى عمارتِه)** أي يبيعه الحاكمُ، ويَصرِف ثمنَه في الْمَرَمَّةِ صَرْفاً للبدل[1] مقامَ المبدل[2].

(ولا يُقسَم) ذلك الثمنُ **(بين مستحقي الوقفِ)** أي بين الذين استحقوا الوقفَ؛ لأن حقَّهم في المنفعةِ دون العينِ؛ إذ العينُ مِلك الواقفِ[3]، أو حقُّ الله[4]، فلا يُصرَف إليهم ما ليس حقّاً لهم.

(ويجوز أن يَجْعَلَ الواقفُ غَلَّةَ الوقفِ، أو بعضَها له، والوِلايةَ إليه) أي إلى

---

(١) ثمن.

(٢) منهدم.

(٣) على قول أبي حنيفة.

(٤) على قولهما.

نفسه، لما روي أنه ﷺ كان يأكل من صدقتِه أي وقفِه، ولا يحل ذلك إلا بالشرط، فعُلِمَ أنه مشروع، هذا عند أبي يوسف.

وقال محمد: لا تجوز للواقف أن يشترط انتفاعَه من وقفه وتَولِيَتَه لنفسه.

أما في شرط المنفعة، فلأن في الوقف معنى التمليك عنده، والتمليك من نفسه غيرُ متحقق فلا يجوز.

وأما في شرط الولاية، فلأن التسليم عنده شرط، واشتراطُ الولاية لنفسه ينافيه.

وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترغيباً للناس في الوقف[1].

وفي «جامع الفصولين» في الفصل الثالث عشر: الواقف إذا شرط الولاية لرجل كانت الولاية للواقف أيضاً، وله عزل من شرط ولايتَه، ونصبُ غيره.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل السابع: أن المتولي إذا أنفق على الوقف من مال نفسه، وشرط الرجوعَ له الرجوعُ، وإلا فلا. وقيم الوقف إذا أنفق من ماله على الوقف ليرجع في غلته، فله الرجوع. وكذلك الوصي. ولكن لا يكون القولُ قولَه، حتى لو أنفق ليرجعَ، فله الرجوع في مال الوقف، واليتيم من غير أن يدعي عند القاضي. وأما لو ادعى عند القاضي، وقال: أنفقت ومن مالي كذا في الوقف ومصلحة اليتيم، فإنه لا يكون القولُ قولَه.

(فإن كان) الواقفُ **(غيرَ مأمون نَزَعَه القاضي منه)** أي من الولاية **(ووَلَّى غيرَه)** نظراً للفقراء.

ولو كان شرط الواقف ألا يعزله أحدٌ لا يلتفت إليه؛ لأنه مخالِف للشرع دفعاً للضرر عن الفقراء.

---

(١) المتولي إذا أنفق على الوقف من مال نفسه، وشرط الرجوع فله الرجوع، وإلا فلا، من «مجمع الفتاوى».

ولو صار عدلاً بعده لا تنتقل الولايةُ إلي، كذا في «المحيط».

وفي «الاختيار»: وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيرَه؛ لأن الولاية له، ووصية بمنزلته؛ لأن ولايتَه للوقف نظرية، وهي فيما ذكرنا.

فإن لم يوصِ إلى أحد، فالرأي للقاضي، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه، وذلك فيما ذكرنا. فإن لم يجد فمن الأجانب من يصلحُ. فإن أقام أجنبيّاً، ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه، كما في حقيقة الملك.

أرباب الوقف المعدودون إذا نَصَبُوا متولياً بدون رأي القاضي صح إذا كانوا من أهل الصلاح، كما إذا اجتمع أهلُ مسجدٍ على نصب متولٍّ جاز؛ لأن الحق لهم.

(ومن بَنَى مسجداً لم يزل ملكه عنه) أي عما بناه على نية كونه مسجداً (حتى يُفْرِزَه) أي يميزه (عن ملكه بطريقه)؛ لأن المسجد مجعول لله تعالى، ولهذا لم يشرِط أبو حنيفة فيه القضاءَ أو الإضافةَ إلى ما بعد الموت، ولا يكون[1] خالصاً لله تعالى إلا بالإفراز.

(ويأذن للناس بالصلاة فيه) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه تسليم، وهو شرط عندهما.

وعند أبي يوسف: يزول ملكه عنه بقوله جَعلته مسجداً؛ لأن الوقف عنده إسقاط الملك كالإعتاق.

والفرق لهما أن العبد في يد نفسه، ولا كذلك المسجد.

(ويكتفَى) للتسليم (بصلاة الواحد) بإذنه في رواية عنهما؛ لأن صلاة كلهم فيه متعذر، فناب الواحدُ مَنَابَ الكل.

---

(١) مسجد.

(وفي رواية) عنهما الشرط هو الصلاة (بجماعة) جهراً بأذان وإقامة، حتى لو صلوا سرّاً بلا أذان وإقامة لا يصير مسجداً. ولو جَعَلَ له إماماً ومؤذناً، وهو رجل واحد، فصلى فيه بأذان وإقامة صار ومسجداً اتفاقاً؛ لأن الصلاةَ على هذا الوجه كالجماعة. ألا يرى أن المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد على تلك الهيئة. وهذه الروايةُ هي الصحيحةُ؛ لأن المساجد إنما تُبْنَى لإقامة الصلاة بالجماعة.

اعلم أن هذا الشرط فيما إذا لم يُسلِّمه إلى قيم، حتى لو سلَّمه، فالأصح أن قبضه ينوب عن قبض الناس، ويصير مسجداً بلا أن يُصلي فيه، كذا في «المحيط».

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثالث عشر: لو شهدا أنه وقفها على فقراء مسجده، وهما من فقراء مسجده جازت شهادتهما. وكذلك لو شهد أهل المدرسة لوقف المدرسة تقبل شهادتهم. وفيه أيضاً حانوتٌ وقفٌ عمارته لآخر أَبـى صاحب العمارة أن يستأجره بأجر مثله، فإن كانت العمارة لو رفعت يُستأجر بأكثر مما استأجره يكلف رفع العمارة ويؤاجره من غيره؛ لأن النقصان عن أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة. وإن كانت لو رُفعت لا يُستأجر بأكثر مما استأجره يُترك في يده. وفيه أيضاً إذا استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة، هي أجرُ المثل حتى جازت الإجارة، فرخصت أجرتها لا تُفسخ الإجارةُ. وإذا ازداد أجرُ مثلها بعد مضي مدةٍ على رواية فتاوى أهل سمرقند لا تُفسخ العقد.

وعلى رواية شرح الطحاوي تُفسخ وتجدد العقد، وإلى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى. وزيادة الأجرة تعتبر إذا ازدادت عند الكل، حتى لو زاد واحد في العقد لا يعتبر هذه الزيادة. الوصي إذا آجر دار اليتيم، ثم ازدادت الأجرة لا تفسخ الإجارة لأجل الزيادة. وفيه أيضاً أن القاضي لا يملك نصب الوصي والقيم إذا كان القيم والوصي من الواقف، والميت باقيين إلا عند ظهور الخيانة منهما.

وفي «الاختيار»: قال تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَـٰجِدَ لِلَّهِ﴾[١]، أضافها إلى نفسه إضافةَ اختصاصٍ كالكعبة، ولهذا لا يصح فيه[٢] شرط الخيار، ولا تعيينُه الإمامَ ولا مَن يصلي فيه، بخلاف غيرِ المساجد حيث بقيَ مملوكاً ينتفع به كسائر المملوكات سُكنَى وزراعةً، حتى لو لم يخلص المسجدُ لله تعالى بأن كان تحته سِردَابٌ، أو فوقه بيت، أو جَعَلَ وَسْطَ داره مسجداً، وأَذِنَ للناس بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجداً، ويورَث عنه إلا إذا كان السِّرْدَابُ أو العلو لمصالح المسجدِ أو كانا وقفاً عليه.

وعن محمد: لما دَخَلَ الري أجاز ذلك بكل حال، لضيق المنازل.

وعن أبي يوسف: مثله لما دخل بغداد.

ولو خَرَبَ ما حول المسجد، وتَفَرَّقَ الناسُ عنه يعود مِلكاً، ويورَث عند محمد، خلافاً لأبي يوسف.

وذكر بعضهم قول أبي حنيفة مع أبي يوسف، وبعضهم مع محمد.

ومن بَنَى سِقَايَةً للمسلمين، أو خاناً[٣] لأبناء السبيل، أو رِبَاطاً[٤]، أو حَوضاً، أو حَفَرَ بئراً، أو جَعَلَ أرضَه مقبرة، أو طريقاً للناس.

فعند أبي حنيفة: لا يلزم ما لم يحكم به حاكم، أو يعلِّقه بموته على ما تقدم من أصله؛ لأنه لم ينقطع حقه عنه، حتى جاز له أن يستقِيَ، ويسكُنَ ويشربَ من الحوض، بخلاف المسجد؛ لأنه لم يبق له فيه حق.

وعند أبي يوسف: لزم بالقول لما تقدم أن التسليم ليس بشرط.

---

(١) سورة الجن: ١٨.

(٢) أي المسجد.

(٣) وهو المبنى للتجارة.

(٤) وهو المبنى لهم في الطريق.

وعند محمد: يشترط التسليمُ، وهو الاستقاءُ من السقاية والبئر والدفن في المقبرة، والنزول في الخانِ والرباطِ، والشربُ من الحوضِ.

ويكتفَى فيه بفعل الواحد لتعذر الكل.

ولو نَصَبَ له متولياً، وسلَّمه إليه جاز؛ لأنه نائب عن الموقوف عليهم. وكذا إن سلَّمه إلى القاضي أو نائبه.

ويستوي في ذلك[١] الفقراء والأغنياء عُرفاً، ولحاجة الكل إلى ذلك.

وفي «القنية»: وقف المجوسي ضيعةً على بيت نار، أو لنوائب المجوس وقفاً مؤبداً بطل بالاتفاق. وكذا لو فعله يهودي أو نصراني؛ لأنه وقف بما هو معصية، فلا يصح عندهما. المجوسي وقف ضيعة على فقراء المجوس لا يجوز. مجوسي وقف أرضَه على أولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا، ومن بعدهم على فقراء اليهود أو المجوس يجوز.

قال صاحب «المحيط»: فينبغي أن يجوز على فقراء المجوس ابتداءً.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل الثالث عشر: رجل باع داراً، ثم ادعى أني كنت وقفتها، أو قال: إنها وقف عليَّ لا يصح هذه الدعوى، وليس له أن يحلّف المشتري. أما لو أقام البينة، فإنه تقبل بينته، كما لو شهدوا على عتق الأمة تقبل من غير الدعوى.

(**والوقفُ في المرض وصية**)؛ لأنه تبرُّع، فصار كسائر التبرعات، وقد بيناه.

(**رِباط**) وهو ما يُبْنَى السُّكْنَى أَبْنَاء السبيل (**استُغْنِيَ عنه**) بأن لا يمر عليه المارُّ (**يُصْرَفُ وقفه إلى أقربِ رِبَاطٍ إليه**) أي إلى ذلك الرباط، ولا يُصْرَفُ إلى مسجدٍ أقربَ

---

(١) أي في الاستقاء والدفن والنزول والشرب.

من رباط في جانبه، بل صُرِفَ إلى الرباط وإن[1] كان أبعدَ من المسجد؛ لأنه أَصْلَحُ.

وفي «الاختيار»: رباط على بابه قَنطرة، ولا يُنتفَع بالرباط، إلا بالعبور عليها، وليس لها وقف يجوز أن تُعْمَرَ بما فَضِلَ من وقف الرِّبَاطِ؛ لأنها مَصلحة العامة.

(ولو ضاق المسجدُ، وبجنبه طريقُ العامة يُوَسَّعُ منه المسجدُ)؛ لأن كليهما للمسلمين.

(ولو ضاق الطريقُ وُسِّعَ من المسجدِ) عملاً بالأَصْلَحِ.

ويجوز القضاءُ بالشهادةِ القائمةِ على الوقف من غير دعوى؛ لأنه من حقوق الله تعالى، فلا يحتاج إلى مدعي، وهو مجتهَد فيه، فينفذ بالإجماع.

وفي «المحيط»: ولو بَنَى في أرض الوقف، أو نَصَبَ فيها باباً، فإن نوى عند البناء أنه بَنَى للوقف يصير وقفاً؛ لأنه جعله وقفاً، ووقفُ البناء تبعاً لغيره يجوز. وإن لم يبق ذلك لا يصير وقفاً؛ لأنه لم يجعل وقفاً. ولو غرس في أرض موقوفة ينظر إن تولى الغارسُ تَعَاهُدَ الأرضِ الموقوفةِ، فالأشجار للوقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد. وإن لم يتول، فهي للغارس، وعليه قلعها؛ لأنه ليس له هذه الولايةُ.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل السابع: حانوت موقوف بَنَى فيه ساكنٌ بغير إذن المتولي، وقال: أنفقتُ فيه كذا وكذا، إن كان رفعه لا يضر بالبناء القديم رفعه، وهو للساكن الثاني، وما لا يمكن رفعه إلا بضرر، فهو الذي ضَيَّعَ ماله، فليتربص إلى أن يتخلص ماله من تحت البناء، ثم يأخذه، ولا يكون بناءُ المستأجر فيها مانعاً من صحة الإجارة من غيره؛ لأنه لا يدله على ذلك البناء حتى لا يملك رفعه. فإن اصطلحوا على أن يُجعل ذلك الوقف بثمنٍ لا يجاوز أقل القيمتين منزوعاً أو مبنيّاً فيه يجوز. وإن كان بأمر المتولي على أن يرجع في غلة الوقف، فالبناء للوقف، وله الرجوعُ بما أنفق في العمارة.

---

(١) وصل.

وفي «الاختيار»: وقف على الفقراء، وله بنت صغيرة فقيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها، وفي مرضه لا؛ لأنه بمنزلة الهبة. اشترى القيم ثوباً، وأعطى المساكين لا يجوز؛ لأن حقهم في الدارهم إذا غَرَسَ القيم في المسجد، فهو للمسجد كالبناء. وإن غَرَسَ على نهر العامة، فهو له.

وله: رفعه؛ لأنه ليس له ولاية على العامة.

لو قال: أَرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على الفقراء يدخل فيه فقراء قرابته وأولاده. وصَرفُ الغَلَّةِ إليهم أولى من صَرفها إلى الأجانب؛ لأنه صدقةٌ وصلةٌ، ثم الصرف إلى ولده أفضلُ؛ لأن الصلة في حقه أوجبُ وأجزَلُ، ثم إلى قرابته، ثم إلى مواليه، ثم إلى جيرانه، ثم إلى أهل مصرفه أقربهم منزلاً إلى الواقف، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازي.

وينبغي أن يعطي لغيرهم الكل في بعض الأوقات؛ لأنه إذا صَرَفَ الكل إليهم دائماً، وقَدِمَ العهدُ ربما اتخذوه ملكاً لأنفسهم. ويكره أن يُعطي كل فقير مئتي درهم؛ لأنها صدقة، فأشبهت الزكاةَ. ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته؛ لأنه كالوصية.

وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولده لصلبهن وولد ولده الموجودين يومَ الوقف وبعده، ويشترك البطنان في الغلة. ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطنين؛ لأنه خَصَّهما بالذكر. وفي دخول أولاد البنات روايتان. ولو قال: على ولدي وولد ولدي وأولادهم يدخل فيه البطون كلها وإن[1] سَفَلُوا الأقرب والأبعدُ فيه سواء؛ لأنه ذكر أولادهم على العموم. ولو قال: على أولادي يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد، لكن يُقدَّم البطنُ الأولُ، فإذا انقرض، فالثاني، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم؛ لأن المراد صلةُ

---

(١) وصل.

أولاده، وبِرُّهم والإنسانُ يَقْصِدُ صلةَ ولده لصلبه؛ لأن خدمته إياه أكثرُ، وهم إليه أقربُ، فكان عِلِّـيَّـةُ استحقاقه أرجحَ، ثم النافلة[1] قد يَخْدُمُونَ الجَدَّ، فكان قصدُ صِلَتِهم أكثرَ، ومن عدا هذين قَلَّ ما يدرك الرجل خدمتهم، فيكون قصده بِرَّهم، وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له، وهم في النسبة إليه سواء، فاستووا في علة الاستحقاق.

وقف على فقراء قرابته، فمن أثبت القرابةَ والفقرَ بالبينة يستحق، وإلا فلا.

والبينة على القرابة إن لم تفسرها لا تسمع الشهادة لتنوع القرابة واختلافها، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل ما لم يفسر واجهة الإرث.

والبينة على الفقر لا تسمع ما لم تقل الشهود أنه فقير معدِم لا نعلم له مالاً، ولا واحداً يلزمه نفقتُه؛ لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه؛ لأنهم يأخذون النفقة، فيصيرون بها أغنياءَ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالأخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف. والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاءً بفقره في حق الدين. والقضاء بفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف؛ لأن كل من له مسكن وخادم وعروضُ الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين.

ولو قال: على أقرب قرابتي، فبنت بنت البنت أولى من الأخت لأبوين؛ لأنها من صلبه، والأخت من صلب أبيه، ولا يعتبر الإرث.

لا يجوز إجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها الواقفُ؛ لأنه يجب اعتبارُ شرط الواقف؛ لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم، فلا يخرج إلا بشرطه. فإن لم يشرط مدة، فالمتقدمون من أصحابنا قالوا بجواز إجارته أيَّ مدة كانت، والمتأخرون قالوا: لا يجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكاً بطول المدة، فتَنْدَرِسُ سِمَةُ[2] الوقفية، ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا، وتغلبهم واستحلالهم.

---

(١) أي ولد الولد.

(٢) علامة.

وقيل: يجوز في الضياع ثلاث سنين، وفي غير الضياع سنة، وهو المختار؛ لأنه لا يُرغَب في الضياع أقلُّ من ذلك.

ولا يجوز إجارته[١] إلا بأجر المثل دفعاً للضرر عن الفقراء. فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل، ثم ازدادت لكثرة الرغبات لا تنقض الإجارةُ؛ لأن المعتبرَ أجرُ المثل يومَ العقدِ. وليس للموقوف عليه إجارةُ الوقف إلا أن يكون وليّاً[٢] من جهة الواقف أو نائباً عن القاضي. وإذا آجره القاضي أو نائبه والولي لم تنفسخ الإجارة بموته؛ لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم. والعقود لا تنفسخ بموت الوكيل.

ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقفُ السكنى له، فله ذلك. وإن شرط الغلة له قيل: ليس له ذلك. وقيل: له أن يُسكنها غيره بالإجارة، فهو أولى، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره، ويعطيه الأجرةَ.

ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه؛ لأن فيه إبطال حق الفقراء. ولا يصح رهنه، فإن سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله. وكذا لو باع المتولي منزلاً موقوفاً وسكنه المشتري، ثم فسخ البيعُ، فعلى المشتري أجر المثل.

والفتوى في غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوبُ الضمان نظراً للوقف، وهو المختار.

ولو استدان القيم للخراج والجبايات إن أمره الواقف بذلك جاز. وإن لم يأمره، فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرفع الأمرَ إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة، ثم يرجع في الغلة.

قيم اشترى من غلة المسجد حانوتاً للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة؛ لأنه من غلة الوقف، وليس بوقف؛ لأن صحة الوقف يعتمد الشرائط، ولم توجد فيه.

---

(١) وقف.

(٢) وفي «شرح المجمع» لابن ملك: قال أبو جعفر: إن كان الأجر كله للموقوف عليه تصح إجارته.

رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم، فسكنها متعلم لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوي في بيت من بيوتها، وله فيه آلة السكنى؛ لأنه يُعَدُّ ساكناً فيها.

ولو اشتغل بالليل بالحراسة، وبالنهار يُقصِّر في التعليم، فإن كان مشتغلاً بعمل آخر لا يُعَدُّ به من طلبة العلم لا يحل له ذلك. وإن لم يشتغل، وهو يعد من طلبة العلم حلَّ.

ولو وقف على ساكني مدرسة كذا، ولم يقل من طلبة العلم، فهو والأول سواء؛ لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم. ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم، فله الوظيفةُ؛ لأنه متعلم. وإن كتب لغيره بأجرة لا تحل له. وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً لا وظيفةَ له؛ لأنه لم يبق ساكناً. وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى، وأقام خمسة عشر يوماً فلا وظيفة له. فإن أقام أقل من ذلك، فإن كان لا بد له منه كطلب القوتِ ونحوه، فله الوظيفةُ. وإن خرج للتنزه لا تحل له.

❊ ❊ ❊

كتاب الهبة

وهي في اللغة: التبرع.

وفي الشرع: تمليك العين بلا عوض[١].

(وتصح) الهبةُ **(بالإيجابِ، والقبولِ، والقبضِ)**.

وقال مالك: القبض ليس بشرط لوجود التمليك، والتملك بمجرد العقد، كما في البيع.

ولنا: أن ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه قال لعائشة رضي الله عنها في مرضه: «كنتُ نحلتك[٢] جُذاذَ[٣] عشرين وَسْقاً[٤] من تمر بالعالية، ولم تكن قبضته، إنما هو مالُ الورثة». ولو لم يكن القبض مشروطاً لما قال ذلك. وكذا الخلاف في الصدقة، من «الكافي في شرح الوافي».

(فإن قَبَضَها) أي الموهوبُ له العَينَ الموهوبةَ **(في المجلس)** أي في مجلس عقد الهبة **(بغير إذنه)** أي الواهبِ **(جاز)**؛ لأن إيجاب الهبة يكون إذناً له بالقبض دلالةً. هذا إذا لم يكن متصلاً بملك الواهب. ولو كان متصلاً، كما إذا وَهَبَ تمراً

---

(١) ويجوز إطلاق اسم الهبة على الموهوب مجازاً.

(٢) أي أعطيتك.

(٣) جذذت الشيء أي كسرته وقطعته. والجذاذ والجذاذ ما كسر منه وقطع، وضمه أفصح من كسره، من «صحاح الجوهري».

(٤) الوسق ستون صاعاً.

في نخيل أو قفيزاً من صبرة، فإن جَذَّه[١] أو اكتَالَه في المجلس لا يجوز؛ لأن القطعَ والاكتيالَ تصرُّف في ملك الغير، فلا يصح إلا بإذنه صريحاً.

وفي «النوادر»: لو قال الموهوبُ له: قبضتُه، والموهوبُ حاضر صار قابضاً لتمكنه منه كالتخليةِ في باب البيع.

وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يَقبِضه بيده.

(وبعد الافتراق) عن المجلس **(يُفْتَقَرُ)** أي يُحتاج لجواز القَبضِ **(إلى إذنه)** أي الواهبِ؛ لأن القَبضَ في باب الهبة مُلحَق بالقبول، حتى لو قَبَضَ الموهوبُ له، ولم يَقُلْ: قَبِلْتُ صح، ومَلَكَ الموهوبَ، والقبولُ كان مختصّاً بالمجلس، فكذا ما أُلْحِقَ به.

وفي «المحيط»: لو أَمَرَه بالقبضِ حين وَهَبَ لا يتقيدُ بالمجلس، ويجوز قَبضه بعده.

وفي «البزازي»: وَهَبَ له دَيناً على رجل، وأَمَرَه بقبضه جاز استحساناً. وإن لم يأمره لا. والبنتُ لو وَهَبَت مهرَها من ابنها، أو المرأةُ وهبت مهرَها على زوجها لابنها الصغير من هذا الزوج إن أَمَرَتَاه بالقَبضِ صَحَّت، وإلا لا؛ لأنه هِبَةُ الدَّيْنِ من غير مَن عليه الدينُ.

وفي «شرح المجمع»: اعلم أن هبةَ الدين والإبراءَ يرتد بالرد، وقبولهما ليس بشرط، حتى لو مات قبل العِلم أو سَكت يبرأ.

وقال زفر: قبولُ الهبة شرط لا يَرتد الإبراءُ بالرد؛ لأن الإبراءَ إسقاطُ الدَّيْنِ، وهو مال حكماً لا حقيقةً، فعَمِلْنا بهما في لفظين، فاعتبرنا مالاً في حق لفظ الهبة؛

---

(١) أي قطعه الموهوب.

لأنه مَوضوع للتمليك، فلم يصح من غيرِ قبول، واعتبرنا إسقاطاً في حق لفظ الإبراء؛ لأنه موضوع للإسقاط، فيَتم من غير قبولٍ، ولا يَرتد بالرد.

ولنا: أن التصرفَ في الدين تمليك حكماً، إسقاط حقيقة، فلكونه تمليكاً يَرتد بالرد، ولكونه إسقاطاً يصح من غير قبول تَوفيراً[1] على الشَّبَهَيْنِ حظهما. ولو قال: كلُّ إنسانٍ تَنَاوَلَ مِن نخلتي، فهو حلال له. قيل: لا يحل له؛ لأن من تناوله لزمه الضمانُ، والإبراءُ عن المجهولِ غيرُ جائزٍ. وقيل: يحل؛ لأن هذا إباحةٌ، والإباحةٌ لمجهول جائزة. قال الصدرُ الشهيدُ: وبه يُفْتَى.

(**وإن كانت في يده**) أي العين الموهوبة في يد الموهوب له كالمودَع والمستعير والمستأجِر والغاصب (**مَلَكَها بمجرَّد الهبةِ**) وإن[2] لم يُجَدِّد فيها قَبْضاً؛ لأن القَبضَ ثابت فيها إما حقيقةً وحُكماً كالمغصوب في يد الغاصب أو حقيقةً فقط كالوديعةِ في يد المودَع.

وفي «القنية»: القبولُ شرط في الصُّوَرِ المذكورة، حتى لو لم يَقل: قَبِلْتُ لا يجوز الهبةُ.

(**وهبةُ الأب لابنه الصغيرِ**) شيئاً (**تَتِمُّ بمجردِ العَقدِ**) بلا قبضه؛ لأنه في قبض الأب، فينوب قَبْضُهُ عن قَبضِ الصغير. ولا فرق في ذلك بين أن يكونَ الموهوبُ في يد الأب، أو في يد مودَعه؛ لأن يدَ المودَع كَيَدِ المالك، وإن كان في يد الغاصبِ، أو المرتهنِ، أو المستأجِر لا يجوز؛ لأن كلًّا منهم قابض لنفسه، فلا يكون قَبضهم كقَبضِ الأب.

---

(١) أي تتميماً.

(٢) وصل.

وفي «الاختيار»: وكلُّ مَن يَعُولُه[١] في هذا[٢] كالأب. ولو وَهَبَ لابنه الكبيرِ، وهو في عِيَالِه، فلا بد مِن قبضِه؛ لأنه لا ولايةَ له عليه، فلا يَقبِضُ له.

(ويَـملكُ الصغيرُ الهبةَ بقبض وليِّه) وهو الأبُ ووصيُّه والجدُّ الصحيحُ[٣] ووصيُّه. ولا يجوز قبضُ غيرِهم مع وجودِ واحد منهم سواء كان الصغيرُ في عِيال القابضِ، أو لم يكن. ولو غاب هؤلاء غيبةً منقطعة جاز قبضُ من يَتْلُوهم[٤] في الولاية إذا كان الصغيُر في عِياله، كذا في «التجريد».

(وأُمِّهِ) أي بقبض أمه إن كان في حجرها[٥]، وكذا بقبض أجنبي إذا كان في حِجره ويُرَبِّيه سواء كان يَعقِل أو لا؛ لأن لكل منهما يداً معتبرةً عليه، حتى لم يصح انتزاعُه من يدهما، فلهما حقُّ التصرف النافع له، فيجوز قبضهما له.

(وبقبضه) أي الصغير الموهوب (بنفسه) وإن[٦] كان أبوه حيّاً إذا كان يَعقِل؛ لأنه تصرف نافع له، فينفذ نظراً له. وكذا يجوز قَبضُ الزوج لزوجته الصغيرة بعدما زُفَّتْ إليه؛ لأن الأبَ فَوَّضَ أمرَها إليه، وذلك بعد الزفافِ لا قبله، حتى يملكه بحضرة الأب.

(وتنعقدُ الهبةُ بقوله: وهبتُ، ونَـحَلْتُ، وأَعْطَيْتُ)؛ لأن كلًّا منهما يستعمَل بمعنى الهبة.

(وأَطْعَمْتُكَ هذا الطعامَ)؛ لأن الإطعامَ إذا أُضيف إلى ما يُطْعَمُ عَينه يراد به تمليكُ العَين. وإذا أضيف إلى ما لا يؤكل، كقوله: «أطعمتك هذه الأرضَ» أريد به

---

(١) صغير.

(٢) أي في حكم الهبة.

(٣) يعني أب الأب احتراز عن أب الأم، فإنه فاسد.

(٤) أي يعقبهم.

(٥) أي في منزلها.

(٦) وصل.

العاريةُ، فينتَفَعُ بها. وكذا بقوله: وجَعَلته لك؛ لأن اللامَ فيه للتمليك عُرفاً. ولو قال: متعتك بهذا الثوبِ، فهي هبة، كذا في «المنتقى».

وفي «النوادر»: لو دَفع ثوباً، وقال: أكْس نَفْسَك، ففعل، فهي هبةٌ. ولو دَفَعَ دراهمَ، فقال: أَنْفِقها، ففَعَلَ، فهو قرض. والفرق أن كِلاَ الأمرين عبارة عن التمليكِ، وهو يكون بالقرضِ وبالهبةِ، والقرضُ أدناهما؛ لأنه تمليكُ المنفعة فقط، فيُحمَل عليه لتيقنه، وفي الدراهم كان القرضُ ممكناً، فحُمِلَ عليه، وفي الثوب لم يكن، فحُمِلَ على الهبة.

(وأَعْمَرْتُكَ) هذا الشيء، أي أعطيتكه ما دمتَ حيّاً؛ لأن معنى العُمرَى هو الهبةُ بشرط الاستِرَدادِ بعد موت الموهوبِ له، فتمليكه صحيح، وشرطه باطل.

وفي «المحيط»: لو قال: داري لك عُمرَى سُكنى، فهي عارية. ولو قال: داري لك عُمْرى تَسكُنها، فهي هبة. والفرق أن سُكْنَى فهي محكم للمنفعة، وصَالحٌ أن تكون تفسيراً لقوله: «داري»، فكأنه قال: لك سُكْنَى داري. وأما قوله: تَسكُنها فِعلٌ، وهو لا يصح أن يكون تفسيراً، ولهذا لا يَستقيم أن يقال: لك تَسكُن داري، فبَقِيَ الفِعلُ مَشْوَرَةً، فلم يُغَيَّرْ به أولُ الكلام.

(وحَـمَلْتُكَ على هذه الدابة إذا نَوَى الهبةَ) أي في هذا الكلام.

قيده بـ«النية»؛ لأن الحملَ يُرادُ بالعاريةِ والهبةِ، فإذا نوى الهبةَ يُـعْـتَـبَـرُ؛ لأن الحَملَ يَحْتَمِلُها، وإذا لم يَنْوِ يُحْمَلُ على أقلهما، وهي العارية. وكذلك قوله: أَخْدَمْتُكَ هذه الجاريةَ، ومَنَحْتُكَ هذه الأرضَ. ولو قال: مَنَحْتُكَ هذا الطعامَ، أو الدراهمَ يكون هبةً بلا نيةٍ؛ لأن المنحةَ إذا أضيفَت إلى ما يمكن الانتفاعُ به مع قيام عَينِه كالأرض تُحْمَلُ على العاريةِ؛ لأنها الأدنى. وإذا أُضِيفَت إلى ما لا يمكن الانتفاعُ به، إلا باستهلاكه تُحْمَلُ على الهبة، كذا[1] في «المحيط».

---

(١) كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب.

(وكَسَوْتُكَ هذا الثوبَ)؛ لأنه يراد بها التمليكُ، قال تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾[١] أراد تمليكَهم الكسوةَ، ويقال: كَسَاه ثوباً إذا وَهَبَه.

(وهبةُ المشاعِ فيما لا يُقسَم) كالحمامِ، والرَّحَى، والبئرِ (جائزةٌ، وفيما يُقسَم: لا يجوز).

وقال الشافعي: يجوز؛ لأن الهبةَ عَقدُ تمليكٍ، والمشاع قابل للملك، فيجوز هبته كبيعه.

ولنا: أن القَبضَ في الهبة مَنصوص عليه مطلقاً، فيُصرَف إلى الكامل، والقبضُ في المشاع ليس بكامل؛ لأنه في حَيِّزه[٢] من وجه، وفي حيز شريكه من وجه، وتمامه إنما يَحْصُل بالقسمةِ، بخلاف المشاع فيما لا يُقسَم؛ لأن القَبضَ الكاملَ فيه غيرُ متصور، فاكتُفِي بالقاصر.

(فإن قَسَمَ، وسَلَّم: جاز)؛ لأن بالقبض لم يبق شيوع.

وفي «الفصول»: يشترط كون الموهوب مقسوماً وقتَ القبض لا وقتَ الهبة، حتى لو وهب نصفَ الدار شائعاً، ولم يسلِّم، حتى وهب النصفَ الآخَرَ، وسلَّم الكل جاز.

والمعني بعدم الجواز فيما يقسَم أنه لا يفيد الملكَ وإن[٣] اتصل به القبضُ، حتى لو وهب نصف دار غيرِ مقسوم، ودفع الدارَ إليه، فباع الموهوب له ما وُهب له، ولا يجوز بيعه، وهو بمنزلة من باع هبة لم يقبضها.

وفي «المجرد»: رجل أَعطى رجلاً درهمين، فقال: أحدهما لك لم يجز استويا

---

(١) سورة المائدة: ٨٩.

(٢) أي في مكانه.

(٣) وصل.

في الوزن، أو اختلفا لجهالته. وإن قال: نصفهما لك، فإن استويا في الوزنِ والجودةِ لم يجز؛ لأنه مشاع يحتمل القسمةَ. وإن اختلفا في الوزن أو الجودة يجوز؛ لأن شيوعَه فيما لا يحتمل القسمةَ، وهو الدراهمُ المضروبةُ. وأما في المقطَّعة[1]، فلا يجوز ذلك حتى يُفْرَزَ.

مثال هبة مشاع فيما يقسم: (**كَسَهْمٍ في دارٍ، ولبَنٍ في ضرعٍ، وصوفٍ على ظهرِ الغنمِ، وتمرٍ على نخلٍ، وزرعٍ في أرضٍ**)؛ لأن اتصالَ هذه الأشياءِ كالشيوع من حيث إنه يمنع القبض. وكذلك لو وهبه من شريكه لا يجوز، لعدم إمكان القَبضِ، كذا في «الاختيار».

(**فإن وَهَبَ دقيقاً في حنطةٍ، أو سَمْناً في لَبَنٍ، أو دُهْناً في سِمْسِمٍ، فاستخرجه، وسلَّمه**) إلى الموهوب له (**لا يجوز**)؛ لأن الموهوبَ معدومٌ وقتَ التمليك، فلم يكن محلًّا له، فبَطَلَ هبته، بخلاف هبة المشاع حيث لو قَسَمَه، وسلَّمه يجوز؛ لأنه موجود، ومحل للملك، لكن لم يمكن تسليمه، وإذا زال المانعُ جاز.

اعلم أن الضابط في هذا المقام: أن الموهوب إذا اتصل بملك الواهب اتصالَ خِلقةٍ، وأمكن فصله لا يجوز هبته ما لم يوجد الانفصالُ والتسليمُ، كما إذا وهب الزرع أو التمر بدون الأرض والشجر أو بالعكس[2]. وإن اتصل اتصال مجاورة، فإن كان الموهوب مشغولاً بحق الواهب لم يجز، كما إذا وهب السرج على الدابة؛ لأن استعمال السرج إنما يكون للدابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة، فيوجب نقصاناً في القبض، وإن لم يكن مشغولاً جاز، كما إذا وهب دابة مسرَّجةً دون سرجها؛ لأن الدابة يستعمل بدونه. ولو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز؛ لأنها مستعمَلة بالحمل. ولو وهب الحمل عليها دونها جاز؛ لأن الحمل غير مستعمل

---

(١) أي غير المضروبة.

(٢) أي كما إذا وهب الأرض أو الشجر بدون الزرع والتمر.

بالدابة. ولو وهب داراً دون ما فيها من متاعه لم يجز. وإن وهب ما فيها وسلَّمها دونها جاز، كذا في «المحيط».

(**ولو وَهَبَ اثنان**) داراً (**من واحدٍ: جاز**)؛ لأن الموهوب له قبضها جملة ولا[١] شيوعَ فيها؛ لأن قَبْضَ كلها قبض لكل نصفها[٢] لاشتمالها[٣] عليه.

(**وبالعكس**) وهو أن يهب واحد من اثنين بأن يقول: وهبتُ لكما هذه الدار مُبْهَماً، أو بَيَّنَ، فقال: لهذا نصفها، ولهذا نصفها، كذا في «المصفى»: (**لا يجوز**).

وقالا: يجوز أيضاً.

قيد بـ«هبة الواحد»؛ لأن هبةَ الاثنين من الاثنين غيرُ جائزة اتفاقاً.

وفي «المحيط»: أما الصدقةُ على اثنين[٤]، فجائزة اتفاقاً على رواية «الجامع الصغير»؛ لأن الصدقة يقع لله تعالى، والفقير نائب عنه في القبض، ولا شيوعَ في حق الله تعالى، وغيرُ جائزة على رواية «الأصل»[٥]؛ لأن الصدقة يكون لله تعالى في ضِمن مِلك الفقير لا ابتداءً، والملك لا يثبت في الشائع، فلم يقع لله تعالى في ضِمنه.

لهما: أن هذا تمليكُ واحدٍ منهما، فلم يتحقق الشيوع، كما لو رهنها عند رجلين.

ولأبي حنيفة: أن هذه هبةُ النصف من كل منهما، فينصرف قبض كل منهما إلى نصيبه، وهو شائع، فيكون القبضُ ناقصاً، بخلاف الرهن؛ لأن حكمه الحبسُ الدائمُ، وقد ثبت لكل منهما كاملاً. ولهذا لو قضى أحدهما دَينه كانت كلها رَهناً عند الآخر حتى يَسْتَوْفِيَ.

---

(١) حال.

(٢) دار.

(٣) دار.

(٤) فقيرين.

(٥) مبسوط.

(**ولو تصدَّق على فقيرين: جاز**) اتفاقاً على رواية «الجامع الصغير» كما مر آنفاً. وكذا لو وهب[١] لهما؛ لأن الفقير مَصرِف، والآخِذ واحد، وهو الله تعالى، كما قال الله تعالى في شأنه: ﴿وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾[٢].

ولو تصدق (**على غَنِيَّيْنِ: لا يجوز**).

وقالا: يجوز قياساً على الصدقة على فقيرين.

ولأبي حنيفة: أن الصدقةَ على الغني هبةٌ معنًى؛ لأنه ليس من أهل الصدقة، والهبةُ من اثنين لا يجوز عنده.

(**ومن وَهَبَ جاريةً إلا حملَها: صحَّتِ الهبةُ، وبَطلَ الاستثناءُ**) فيَدخل الحملُ في هبتها؛ لأنه تبع لها لتنزله منزلةَ الوصف، فيكون استثناؤُه شرطاً فاسداً، والهبةُ لا تَبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه ﷺ أجاز العُمرى، وأَبطل شرطَ الْمُعمِر، بخلاف البيع، فإنه يفسد بالشروط الفاسدة؛ لأنه ﷺ نَـهَى عن بيع وشرط[٣].

ولو أعتق الحملَ، ثم وهب الأمَّ جاز. ولو دَبَّرَه، ثم وهبها لم يجز. والفرق أن الحملَ بالإعتاق خَرَجَ عن مِلك الواهب، فلم يتصل الموهوبة بملكه، والمدبر مملوك للواهب، واتصالَه بالموهوبة يمنع صحةَ الهبةِ.

وفي «الاختيار»: ولو وهبه جاريةً على أن يعتقها، أو يستولِدها، أو على أن يدبرها، أو داراً على أن يرد عليه شيئاً منها، أو يعوِّضه عنها شيئاً، فالهبة جائزة، والشرط باطلٌ؛ لأنها شروطٌ تخالِف مقتضَى العقدِ، فكانت فاسدةً، وأنها لا تبطِل الهبةَ، لما مر.

---

(١) لأن الهبة للفقير صدقة.

(٢) سورة التوبة: ١٠٤.

(٣) الواو للجمع أي مع شرط.

فصل [في الرجوع في الهبة]

(**ويجوز الرجوعُ فيما يَهَبُه الأجنبي**) بتراضيهما أو بحكم الحاكم، كما سيجيء، حتى لو استرد الواهب بدون أحدهما يكون غاصباً.

وقال الشافعي: لا يجوز الرجوع إلا للأب، لقوله ﷺ: «لا يرجع الواهبُ في هبته، إلا الوالدُ فيما يَهَبُهُ لولده».

ولنا: قوله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ منها»، أي ما لم يعوَّض عنها.

وتأويل ما رواه أن الواهب لا يستَبِدَّ[١] بالرجوع من غير تراضٍ، ولا حكم حاكم إلا الوالدُ، فإن له أن يأخذه من ابنه عند الحاجة من غير رضاءٍ ولا قضاءٍ، كسائر أموال ابنه. وإنما اشترط القضاء أو الرضاء فيه[٢]؛ لأن العقد بعد تمامه لا ينفسخ، إلا بفسخ من له ولايةُ الفسخِ، وهو القاضي أو الْمُتَعَاقِدَانِ.

(**ويكره**) أي الرجوعُ في الهبة، لقوله ﷺ: «العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه»، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة.

وقد قيل: وموانعُ حقِّ الرجوع في الهبة: يا صاحبي حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَه، فالدالُ الزيادةُ، والميمُ الموتُ، والعينُ العوضُ، والخاءُ الخروجُ، والزاءُ الزوجيةُ، والقافُ القرابةُ، والهاءُ الهلاكُ، كذا في «شرح الوقاية» لصدر الشريعة.

(**فإن عوَّضه**) أي الموهوبُ له الواهبُ (**أو زادت**) الهبةُ (**زيادةً متصلةً، أو مات أحدُهما**) أي المتعاقدين (**أو خرجَتْ**) الهبةُ (**عن ملكِ الموهوبِ له**) ببيعٍ، أو هبةٍ، أو غيرِهما (**فلا يَرْجعُ**) الواهبُ في ذلك كله.

---

(١) أي لا يستقل.

(٢) أي في رجوع الهبة.

أما إذا عوَّض، لأنه لما أخذ العوضَ ظهر أن مرادَه من هبته ذلك، فلزم العقدُ به، لكن شُرِطَ فيه أن يقول دافعُ العوض: خذ هذا بدلاً عن هبتك، كما ستقف عليه. وشُرِطَ أيضاً ألا يكون العوضُ بعضَ الموهوب، حتى لو عوَّضه بعضَ الموهوب عن البعضِ الباقي لا يَسقط به الرجوعُ، خلافاً لزفر.

له: أنه مَلَكه بالقَبض، فصار كسائر أملاكه.

ولنا: أن حقَّ الرجوع كان ثابتاً له في الكل، فبِوصولِ بعضِه إليه انفسخ الهبةُ في قَدره، فلا يَسقط حقه في الباقي.

وأما الزيادةُ أراد بها الزيادةَ في نفسِ الموهوبِ بشيء يوجب زيادةً في القيمة كالسمنِ، والكِبَرِ، والجَمالِ، والإسلامِ، والعلمِ، والبناءِ، والغرسِ، والصِّبغِ، والخياطةِ، وغيرِها، حتى لو زاد من حيث السعرُ فقط، فله الرجوعُ. ولو زاد في نفسِه من غيرِ أن يَزيدَ في القيمةِ، كما إذا وَهَبَ أمةً، فشَبَّت، وكبرت في السن، فلا رجوعَ؛ لأنه زاد من وجه، وانتقص من وجه، وحين زاد سَقط حق الرجوع، فلا يعود بعد ذلك، كذا في «الكفاية».

وإنما لم يصح الرجوعُ مع الزيادة؛ لأنها ليست بموهوبةٍ، حتى يَستَرِدَّ، ولا بدونها بالتعذُّرِ انفصالها عن الموهوب.

وقال مالك: إذا امتنع الرجوعُ في الموهوب بزيادةٍ متصلةٍ أو بنحوِها يرجع في قيمته؛ لأن حق الرجوع كان ثابتاً له صورةً وماليةً، فإذا امتنع استرداده صورةً، لا يمتنع في ماليته، فيرجع كما في الغصب.

ولنا: أن حق الرجوع متعلق بعين الموهوب لا بقيمته، بخلاف الغصب؛ لأن وجوبَ ردِّ المغصوب كان ثابتاً في صورته وماليته، لكون أخذه بغير حق، فإذا عجز عن رد صورته رَدَّ قيمتَه.

ولو مَنَعَ القاضي الرجوعَ، لثبوت الزيادةِ، ثم زالت عَادَ للواهب حقُّ الرجوع، كذا في «المحيط».

وذكر في «المنتقى»: لو نَقَلَه الموهوبُ له من مكان إلى مكان بالكِرَاءِ، حتى ازدادت قيمته يرجع عند أبي يوسف؛ لأن الزيادةَ لم يَحصُل في العَين.

ولا يرجع عندهما؛ لأن الرجوعَ يتضمن إبطالَ حقِّ الموهوبِ له في الكراءِ.

قيد بـ«المتصلة»؛ إذ لو كانت الزيادةُ منفصلةً، كالولدِ، والأرشِ[١]، والعُقرِ، فإنه يَرجع في الأصل دون الزيادةِ؛ لأن الرجوعَ فيه لا يُبْطِلُ مِلكَ الموهوب له في الزيادة، بخلاف زوائد المبيع[٢] حيث يُمنع الردُّ بالعيب؛ لأن البيعَ معاوضة، فلو رُدَّ الأصلُ بدون الزيادة يؤدِّي إلى الربا.

وأما موتُ الواهبِ، فلامتناع الرجوعِ منه، ووارثُه ليس بواهب، فلا يَرجع.

وأما موتُ الموهوبِ له، فلأن الموهوبَ خَرَجَ عن مِلكه منتقلاً إلى ورثته.

وفي «الاختيار»: ونقصانُ الموهوبِ لا يَـمنع الرجوعَ بأن انتقصت قيمته، أو انهَدَمَ البناءُ، أو وَلدت الجاريةُ إلا أَنه لا يَرجع فيها حتى يَستغْنِيَ عنها ولدُها.

(**ولا رجوعَ فيما يَهَبُهُ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه**) أي من الواهب؛ لأن الرجوعَ مع الْمَحْرَمِيَّةِ يؤدِّي إلى القَطِيعَةِ.

قيد المحرم بـ«الرحم»؛ لأن المحرمَ لو كان بدونه كالرَّضاعِ وغيرِه لا يَمنع الرجوعَ.

(**أو زوجةٍ، أو زوجٍ**) أي ولا رجوعَ فيما يهبه كل منهما الآخَرَ؛ لأن الرجوعَ

---

(١) دية.

(٢) في البيع.

مع الزوجية يؤدي إلى النَّفرةِ الداعيةِ إلى الفُرقة. والمعتبر فيها حالةُ الهبة، حتى لو وَهَبَتْ زوجتُه له لا تَرجع إذا كانت مُبَانَةً. ولو وَهَبَتْ له، ثم تَزَوَّجَها تَرجع، سواء كان أحدُ الزوجين مُسلماً، أو كافراً، لشمول المعنى.

وفي «الاختيار»: وإن وهب لأخيه، وهو[١] عبدٌ له[٢] الرجوعُ. وكذلك إن وَهَبَ لعبدِ أخيه عند أبي حنيفة.

وقالا: لا رجوع له؛ لأن الملكَ وَقَعَ للمولى، فكان هبةً للأخ.

وله: أن الهبةَ وَقَعَتْ للعبدِ، حتى اعتُبِرَ قبولُه، ورَدُّهُ، والملك يَقع له، ثم ينتقل إلى مولاه عند الفراغ من حاجته، حتى لو كان[٣] مديوناً لا ينتقل إلى المولى، ولا صلةَ بينه وبين العبدِ.

(**ولو قال الموهوبُ له**) للواهب (**خُذْ هذا**) الشيءَ (**بدلاً عن هبتِك، أو عوضَها**) أي عوضاً عن هبتك (**أو في مقابلَتِها**) أو نحوِ ذلك[٤] مما يُفِيدُ معناه (**أو عوَّضه**) أي عوَّض الواهبَ من هبته (**أجنبيٌّ متبرِّعاً**) بأن قال: خُذْ هذا بدلاً عن هبتِك (**فقَبَضَه**) أي قبض الواهبُ العِوَضَ في الصورة المذكورة (**سَقَطَ الرجوعُ**) عن الواهب في الهبة؛ لأن غَرَضَه، وهو المكافآتُ حَصَلَ له، ولا رجوعَ للموهوب له أيضاً في عوضه وإن[٥] كان كثيراً، أو من خلاف جنسه؛ لأن مقصودَه وهو تأكّدُ ملكه في الهبة حَصَلَ له.

---

(١) حال.

(٢) واهب.

(٣) عبد.

(٤) بأن قال: خذ هذا مكان هبتك، أو ثواباً منها، أو كافأتك به، أو جاريتك عليه، أو أثبتك، أو نحلتك هذا عن هبتك، أو تصدقت به عليه بدلاً عن هبتك، فهذا كله عوض.

(٥) وصل.

قيد بـ«تصريح أنه بَدَلٌ أو عِوَضٌ»؛ لأن ما أَخَذَه الواهبُ إذا لم يكن مشروطاً في الهبة لا يكون عوضاً في الحقيقةِ، ولهذا لا يثبت فيه الشفعةُ، وجاز التعويضُ بأقل من الموهوب من جنسه في الربويات. ولو كان معاوضةً لما جاز ذلك، فلا بد من بيان الموهوب له أَنَّ ما أعطاه عِوَضٌ، حتى لو لم يُبيّنه كان هبةً مبتدأةً، فصح لكل منهما أن يَرجعَ في هبته. ولو قال: وهبتك بكذا، فهو بيع اتفاقاً من «الحقائق».

وقيد بـ«القبض»؛ لأن التعويضَ تمليكٌ مبتدأٌ، فشُرِطَ فيه ما شُرِطَ في الهبة من القبضِ والإفْرَازِ.

وفي «المحيط»: لا يرجع المعوِّضُ الأجنبيُّ على الموهوب له وإن[1] كان تعويضه بأمره؛ لأن الأمرَ بما هو تَبـرُّعٌ في نفسه لا يوجب الضمانَ، إلا إذا قال: عَوِّضْ عني على أني ضامن.

وفي «الاختيار»: فإن عوَّضه عن جميع الهبة بَطَلَ الرجوعُ في الجميع قَلَّ العوضُ أو كَثُرَ. وإن عوَّضه عن نصفها، فله الرجوعُ فيما بقي؛ لأن المانعَ التعويضُ، فيُقَدَّرُ بقدره.

(**وإن استُحِقَّ نصفُ الهبةِ**) أي الموهوبِ (**رَجَعَ**) الموهوبُ له (**بنصفِ العوضِ**) إن كان قائماً، وبقيمته إن كان هالكاً؛ لأن مقصودَه من التعويض أن يصير الموهوبُ ملكاً له مؤكداً، فإذا لم يسلم له رَجَعَ بالعوض.

وفي «فصول الأستروشني» في أواسط الفصل السابع: رجل أمر رجلاً أن يؤدي زكاةَ ماله عنه من مالِ نفسه، فأدَّى المأمورُ، فإنه لا يَرجع على الآمر ما لم يشترط الرجوعَ. وكذا لو قال له: هَبْ لفلان درهماً، أو قال الموهوبُ له: عَوِّض الواهبَ عن هبته من مالك، ففعل لا يرجع من غير شرط الرجوع. ولو قال: أنفق عليَّ، أو على

---

(1) وصلي.

عِيالي، أو على أولادي، أو في بناء داري، فأنفق: قال شمس الأئمة السرخسي: يرجع من غير شرط الرجوع. وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده: لا يرجع. ولو أمره بقضاء دَينه، فقَضَى المأمورُ يرجع على الآمر بغير شرط. وفي الجبايات والمؤن المالية إذا أمر غيرَه بأدائها، فأدَّى المأمورُ يرجع على الآمر بغير شرط الرجوع، هكذا قال فخر الإسلام البزدوي. وكذا في كل ما كان مطالباً حِسّاً من جهة العبادِ.

(**وإن استُحِقَّ بعضُ العوضِ: لا يَرجعُ**) الواهبُ (**بشيءٍ**)، إلا أن يَرُدَّ باقي العوضِ، فيرجع في الموهوبِ.

وقال زفر: يرجع[١] في الموهوب بقَدرِ المستحقِّ قياساً على رجوعه[٢] في العوض إذا استحق نصف الموهوب.

ولنا: أن بعضَ العوضِ إذا استحق يكون باقيه عوضاً عن كل الموهوب؛ لأن ثبوتَ أصل الملك للموهوب له مستغنٍ عن العوض، فيصير كل جزءٍ من العوض مقابلاً بجميع الهبة، فلا يَرجع، ولكن يثبت للواهب الخيارُ؛ لأنه ما رضي[٣] بسقوط في الرجوعِ، إلا بسلامةِ كل العوضِ له.

وفي «الأسرار»: هذا إذا لم يكن العوضُ مشروطاً في العقدِ، وإن كان مشروطاً، وقد استحق بعضُ العوضِ، فإنه يَرجِعُ بقدر ما استحق.

(**وإن استُحِقَّ جميعُه**) أي العوضِ (**رَجَعَ**) الواهبُ (**بالهبةِ**) أي بالموهوب إن كان قائماً؛ لأن المانعَ عن الرجوع قد زال ولم يَرجع بقيمته إن كان هالكاً؛ لأن مقصودَه من الهبة التَّوَدُّدُ[٤] وقد حصل.

---

(١) أي الواهب.

(٢) أي الموهوب له.

(٣) إن شاء رد باقي العوض ورجع الموهوبَ.

(٤) أي المحبة.

(والهبةُ بشرطِ العوضِ) بأن قال: وهبتك على أن تعوِّضَني كذا **(يُرَاعَى فيها)** أي في تلك الهبة **(حُكمُ الهبةِ قبلَ القبضِ)** فيشترط التقابضُ في العوضين، وتَبطل بالشيوع **(والبيعِ بعدَه)** أي يراعي فيها حكمُ البيع بعد القبضِ، فيُرَدُّ بالعيب وخيارِ الرؤية، ويؤخذ بالشفعةِ.

صورته: أن يهبه داراً على أن يعوّضه عنها ثوباً، فلكل واحد منهما الامتناعُ ما لم يتقابضا كما في الهبة، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيع، يردان بالعيب، وتجب الشفعة. وإن استحق ما في يد أحدهما رَجَعَ بعوضه إن كان قائماً، وبقيمته إن كان هالكاً.

وقال زفر: لها حكم البيع قبل القبض وبعده؛ لأن التمليكَ بعوض في معنى البيع، والمعتبرُ في العقودِ هو المعنى.

ولنا: أنه اشتمل على جهتين[1]، فيجمع بينهما مهما أمكن عملًا بالشَّبَهَيْنِ[2]، فيكون ابتداؤُه معتبراً بلفظ الهبةِ، وانتهاؤُه معتبراً بمعناه[3].

(ولا يصحُّ الرجوعُ) في الهبة **(إلا بتراضيهما)** أي الواهبِ والموهوبِ له على الرجوع **(أو بحُكمِ الحاكمِ)**؛ لأن العقدَ بعد تمامه لا ينفسخ إلا بفسخ مَن له ولايةُ الفسخِ، وهو القاضي أو المتعاقدان، وقد بيناه، والخلافَ فيه.

(فإن هلكت) أي العينُ في يد الموهوب له **(بعد الحُكمِ)** أي حُكمِ القاضي بالرجوع **(لم يضمن)**؛ لأنها صارت أمانةً في يده بعد القضاء، فلا يَضمنها إلا بالتعدِّي.

---

(١) أحدهما: الهبة، والآخر: البيع.

(٢) أحدهما: شبهه بالهبة، والآخر: شبهه بالبيع.

(٣) وهو البيع.

فصل [في العمرى والرقبى]

(**العُمرى جائزةٌ**) وهي هبةُ شيءٍ مدةَ عُمرِ الموهوبِ له أو الواهبِ بشرط أن يعودَ إليه أو إلى ورثته إذا مات الموهوبُ له، كما ستقف عليه.

(**للمُعمَرِ**) بفتح الميم الثاني من وُهِبَ له بهذه الهبة، يعني يكون الموهوبُ للمعمَر (**حالَ حياته، ولورثته بعد وفاته، ويَبطلُ الشرطُ**) أي شرطُ العود إلى الواهب، لقوله ﷺ: «العُمْرَى ميراثٌ لمن وُهِبَ له».

(**وهي**) أي العمرى (**أن يَجعل دارَه له عُمُرَه**) أي مدة عمره[1]، (**فإذا مات**) الموهوبُ له (**تُـرَدُّ**) الدارُ (**عليه**) وقد قررنا.

وفي «الاختيار»: ولو قال: داري لك عُمْرَى سُكْنَى، أو نُحْلَى سُكْنَى، أو سُكْنَى صدقةً، أو صدقةً عارية، أو عاريةً هبةً، أو هبةً سُكْنَى، أو سُكْنَى هبةً، فهي عاريةٌ؛ لأن ذكرَ المنفعةِ، وهي السكنى حقيقةٌ في العاريةِ؛ لأن العاريةَ تمليكُ المنفعةِ، ويحتمل الهبةَ، والحملُ على الحقيقةِ أولى. ولو قال: هبةً تسكنُها، فهي هبة؛ لأن قولَه: تسكنها مَشورةٌ وتَنْبِيهٌ على المقصودِ، وليس بتفسيرٍ، بخلاف قوله: سكنى.

(**والرُّقْبَى باطلةٌ، وهي**) أي الرقبى (**أن يقولَ**) داري لكل رقبى معناه (**إن مِتَّ**) قبلِي (**فهي لي، وإن متُّ**) قبلك (**فهي لك**)، كأن كل واحدٍ منهما يُرَاقِبُ موتَ الآخر، وينتظره[2].

وقال أبو يوسف: جائزة.

له: أن قوله: داري لك هبةٌ، وتمليكٌ في الحال كالعمرى، فيَبطل اشتراطُ استردادِها.

---

(١) موهوب له.

(٢) عطف تفسير.

ولهما: أن معناها: تمليكُ مضافٍ، وتعليقُ الملك غيرُ جائز، فتكون الدارُ عاريةً، والموهوبُ له مأذوناً في الانتفاع بها، بخلاف العُمْرَى، فإنها تمليك في الحالِ، والتعليقُ بعده لا يُفْسِدُها. وعلى هذا الخلاف لو قال: داري لك حَبِيس، كذا في «المنظومة».

وفي «الاختيار»: ولو قال: جميعُ مالي، أو كلُّ شيء أَمْلِكُهُ، أو جميعُ ما أَمْلِكُهُ لفلان، فهو هبةٌ؛ لأن ملكَه لا يصير لغيره إلا بتمليكه. ولو قال: جيعُ ما يُعرَف به، أو يُنسَب إليه لفلان، فهو إقرار، لجواز أن يكون للمقر له، وهو في يد المقر يُعْرَفُ به، ويُنسَب إليه.

(والصدقةُ كالهبةِ) في جميع أَحكامها؛ لأنه تبرع **(ولا رجوعَ فيها)** أي في الصدقة؛ لأن المقصودَ منها هو الثوابُ، وقد حصل.

وفي «الاختيار»: وكذا الهبةُ للفقير؛ لأن المقصودَ الثوابُ. وكذا لو تَصَدَّقَ على غني؛ لأنه قد يُطلَبُ منه الثوابُ بأن يُعِينَه على النفقةِ لكثر عِيَاله. ويؤيد ذلك أنه عَبَّـرَ بالصدقة عنها[1].

(ومَن نَذَرَ أن يَتصدَّق بماله: فهو) أي ذلك المالُ المنذورُ يكون **(على جنسِ مالِ الزكاةِ)** كالنقدينِ، وعروضِ التجارةِ، والسوائمِ، فيتصدق بها دون غيرها.

وقال مالك: يجب عليه إخراجُ الثلثِ؛ لأن في إخراج الكل إضراراً به، والثلُثُ هو المقدَّرُ في الوصايا.

وقال زفر: يجب عليه إعطاءُ الجميع اعتباراً، لعموم اللفظ، كما في الوصية.

ولنا: أن الله تعالى أوجب الصدقةَ فيه، فاعتُبر إيجابه بإيجاب الله تعالى بخلافِ الوصيةِ؛ لأن الشرعَ لم يوجبها في المال.

---

(١) هبة.

وفي «المحيط»: لو كان له ديون على الناس لا تَدخل في الصدقة؛ لأنه ليس بمال مطلقٍ. وأما الأرضُ العشريةُ، فداخلةٌ عند أبي يوسف، والأرضُ الخراجيةُ، فغيرُ داخلةٍ بالإجماعِ.

(وبملكِهِ) أي وإن نَذَرَ أن يَتَصَدَّقَ بملكه، فهو يكون (على الجميعِ) فيَتَصَدَّقُ بجميعِ ملكِهِ جنسِ ما يُزَكَّى وغيرِه؛ لأن الشرعَ لم يوجب الصدقةَ في الملكِ حتى يُعْتَبَرَ إيجابُ العبدِ به، فاعتُبِرَ عمومُ اللفظِ.

وقال مالك: يجب عليه إخراجُ الثلُثِ أيضاً، ودليله ما مر.

وفي «الاختيار»: وذكر الحاكمُ الشهيدُ: أنه والأولَ سواءٌ في الاستحسانِ؛ لأن ذكرَ المالِ والملكِ سواءٌ.

(ويُمْسِكُ) الناذرُ (ما يُنْفِقُهُ) لنفسه وعياله (حتى يَكْتَسِبَ) مالاً؛ لأنه لو تَصَدَّقَ الكلَّ من أولِ الأمرِ احتاج إلى السؤال، أو الموتِ جوعاً، وهو ضَرَرٌ فاحِشٌ.

(ثم يتصدقُ بمثله) أي بمثل إمساكه؛ لأنه استهلَكَ من مالٍ لزمه التصدقُ، فصار دَيناً في ذمته، كما لو استَهلك مالَ الزكاةِ يبقَى الزكاةُ دَيناً عليه. قالوا: إن كان[1] دِهْقَاناً[2] يُمْسِكُ قُوتَ سَنَةٍ؛ لأن القُوتَ له يَتَجَدَّدُ في كل سنةٍ، وإن كان تَاجِراً يُمْسِكُ قُوتَ شَهْرٍ؛ لأن التجارة يتفق في بعض الأحيان، فقُدِّرَ بشهر، وإن كان مُتَحْرِفاً يُمْسِكُ قوتَ يومِه.

وفي «الاختيار»: ولو قال: داري في المساكين صدقةٌ، فعليه أن يَتَصَدَّقَ بها. وإن تَصَدَّقَ بقيمتها أجزأه. ولو قال لآخر: كل ما يَصِلُ إليَّ من مالك، فعليَّ أن أَتَصَدَّقَ به، فَوَهَبَهُ شيئاً، فعليه أن يَتَصَدَّقَ به. ولو أَذِنَ له أن يَأْكُلَ من طعامه لا يَتَصَدَّقُ به؛ لأن الإباحةَ لا يَملك إلا بالأكل، وبعد الأكل لا يمكن التصدقُ به.

---

(١) ناذر.

(٢) والدهقان الزراع.

كتاب العارية

وهي بتشديد الياء، كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار، كذا في «الصحاح».

(**وهي**) أي العارية (**هبةُ المنافعِ**) بغير عوضٍ.

وقال الكرخي: هي إباحةُ المنافع؛ لأن تمليكها مع الجهالة غيرُ جائز، لكنَّ المختارَ في تفسيرها ما ذُكر في المتن، ولهذا فسَّرها المصنفُ إشارةً إليه؛ لأن للمستعير أن يُعِيرَ فيما لا يَختلف باختلاف المستعِمل، ولو كان إباحة لَمَا جاز؛ لأن مَن أُبِيحَ له شيء ليس له أن يُبِيحَه لغيره، وتمليك المنافع بعوض مع جهالتها جائز في الإجارة، فيجوز بغير عوض مع أن هذه الجهالةَ لا تُفْضِي إلى المنازعة؛ لأن للمعير أن يرجعَ في كل ساعة، ولهذا لم يجز للمستعير أن يوجِرَ.

(**ولا تكون**) العاريةُ (**إلا فيما يُنتفَعُ به، مع بقاء عينِه، فإعارةُ المكيلِ، والموزونِ: قَرْضٌ**) معنًى؛ لأن الانتفاعَ بها إنما يمكن باستهلاك عَينها، ولا يملكه إلا بتملكها، وذلك يكون بالهبة أو القرض، فحُمِلَ على القرضِ، لكونه أدنى ضرراً. هذا إذا لم يبين جهةَ الانتفاع بالمكيل أو الموزون، فإن بيَّنها كَأَنْ يُزَيِّنَ بها دُكَّانَه أو يُعَايِرَ بها ميزانَه صارت عاريةً كاستعارة الحُلي.

(**وهي**) أي العارية (**أمانةٌ**) حتى لو هلك الْمُعَارُ لم يَضمنه المستعيرُ إذا لم يَتَعَدَّ فيه.

وقال الشافعي: يضمن إذا هلك في غير حالة الانتفاع، ولو هلك في حالته لا يضمن اتفاقاً. هذا إذا كانت العاريةُ مطلقةً، فإن كانت مقيدةً في الوقت مطلقةً في

غيره[١] نحوُ أن يُعِيرَ يوماً، فلو لم يَرُدَّها بعد مُضِيِّ الوقت ضمن إذا هَلكت سواء استعملها بعد الوقت أو لا.

وذكر صاحب «المحيط» وشيخ الإسلام: أنه إنما يضمن إذا انتفع به بعد مُضِيِّ الوقت؛ لأنه حينئذ يصير غاصباً. أما إذا لم يَنتفع به في اليوم الثاني، فلا يضمن كالمودَع إذا أمْسَكَ بعد انقضاء المدة. ومنهم[٢] من قال: يضمن[٣] على كل حال[٤]؛ لأن المستعيرَ يُـمْسِك مالَ الغير بعد المدة لنفسه، بخلاف المودَع.

له: قوله ﷺ: «العارية مضمونة».

ولنا: قوله ﷺ: «ليس على المستعير غير الْمُغِلِّ ضمان»، أي غير المتعدي، وما رواه محمول على ضمان الرد توفيقاً بينهما.

(وتصح) العاريةُ (بقوله: أعرتُك)؛ لأنه صريح في العارية.

(وأطعمتُك هذه الأرضَ)؛ لأن الأرضَ لا تُطعَم، فيكون المرادُ منه إبقاءَ الأرض في يده، حتى يوجدَ فيها ما يُطعَم.

(وأخدمتُك هذا العبدَ)؛ لأنه صريح في إعارة الاستخدامِ.

(ومنحتُك هذا الثوبَ، وحَمَلْتُك على هذه الدابةِ، إذا لم يُرِدْ بهما) أي بقوله: منحتُك وحملتُك (الهبةَ)؛ لأن كلًّا منهما تُستعمَل في تمليك العين، وإذا لم يُرِدْ منهما ذلك يُحْمَلُ على تمليك المنافع مَجازاً.

---

(١) أي في الانتفاع.

(٢) علماء.

(٣) أي المستعير.

(٤) أي ينتفع به بعد مضي الوقت أو لا.

(وداري لك سُكنى) أي بطريق السكنى؛ لأن قولَه: سُكْنَى مُحكَم[١] في تمليك المنفعة، فحُمِلَ عليه المحتمَلُ له[٢]، ولتمليك العين وهو[٣] قوله: داري لك.

(أو سُكنى عُمْرَى) أي سكنى داري لك مدةَ عمرِك أو عُمرِي لكونه مُحْكَماً في العارية، حُمِلَ عليها.

(وللمستعير أن يُعِيرَها) أي العاريةَ (إن لم يَخْتَلِفْ باختلاف المستعمِلِينَ) كالسكنَى، والحَملِ، والزراعةِ وإن[٤] شَرَطَ المالكُ أن ينتفع هو بنفسه؛ لأن التقييدَ فيما لا يَختلف غيرُ مُفِيدٍ.

وقال الشافعي: لا يجوز إعارةُ المستعَارِ؛ لأن العاريةَ إباحةُ المنافع عنده، فلا يملك إباحتَها غيرَه.

ولنا: أنها تمليكُ المنافع، فيَملك أن يُعِيرَها كالموصَى له بخدمة العَبدِ يَـملك أن يُعِيرَه.

قيد بقوله: «إن لم يختلف»؛ لأنه لو كان يَختلِف باستعمال المستعمِلِين، كالركوبِ واللبسِ، فليس له أن يعيره غيرَه دفعاً للضرر عن المالك.

وفي «الكافي»: لو كان قال حين الدفع: أَلبِس الثوبَ بمن شِئتَ، فله أن يعيره إذا كان لم يَلبَسه بنفسه، وإن كان لَبِسَه كان متعيناً به، فلو أعار غيرَه يضمن، وهو مختارُ الإمامِ البزدوي.

---

(١) أي لا يحتمل الغير.

(٢) أي المحتمل لتمليك المنفعة، وهو قوله: سكنى.

(٣) أي المحتمل لتمليك العين.

(٤) وصل.

وقال بعضهم: لا يَضمن، وكذا الخلافُ في الابتداء لو أركب غيرَه، ثم أراد أن يَركَبَ.

(وليس له إجارتُـها)؛ لأن الإجارةَ لازمةٌ، والعاريةَ غيرُ لازمةٍ، فلو جاز إجارةُ المستعار لزم منه لزومُ ما لا يلزم، وهو العاريةُ أو عدمُ لزومِ ما يلزم، وهو الإجارةُ، وكلاهما ممنوعان.

وفي «الاختيار»: وإن اختلفا في الوقتِ والمكانِ وما يَحمِل عليها، فالقول للمعير مع يمينه؛ لأن الإذنَ منه يُستفاد، فيَثبت بقدر ما أقر به، وما زاد فالمستعير مستعمِل فيما لم يؤذَن له، فيضمن.

(فإن آجرها) أي المستعيرُ العاريةَ **(فهَلَكَت: فللمُعير أن يضمِّنَ المستعيرَ)**؛ لأنه متعدٍ حيث تَصَرَّفَ في مِلك الغير بغير أمره، فكان غاصباً.

(ولا يَرجعَ) المستعيرُ **(على المستأجر)**؛ لأنه تَبيَّنَ أنه آجَرَه مِلكَه.

(وله) أي للمعير **(أن يضمِّنَ المستأجِرَ)**؛ لأنه قَبَضَ مالَه بغير أمره، فكان غاصباً.

(ويَرجعَ) المستأجرُ **(على المستعير)** إذا لم يَعلَم أنه عارية دَفعاً لضرر الغرور عنه، بخلاف ما إذا عَلِمَ.

(فإن قيَّدها) أي المعيرُ العاريةَ **(بوقتٍ، أو منفعةٍ، أو مكانٍ: ضَمِنَ)** المستعيرُ **(بالمخالفة، إلا)** أن يخالِفَ **(إلى خَيْرٍ)**، فلا يضمن، وقد قررنا بتمامه في الإجارة.

(وعند الإطلاق: له) أي للمستعير **(أن يَنتفِعَ بها جميعَ أنواع منفعتها ما شاء، ما لم يُطالِبْه بالردِّ)** عملاً بالإطلاق.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: العاريةُ المطلقةُ تعار، وتُودَع، ولا تُؤَاجَرُ. والوديعةُ لا تعار ولا تودَع ولا تؤاجَر. والشيءُ المستأجَر

يؤاجَر ويودَع ويعارُ. وذكر فيه أيضاً: ولو استعار فرساً حاملاً ليركبه إلى موضع كذا، فركبه، وأردف مع نفسه رجلاً آخرَ، فأسقط جنيناً، فلا ضمان على المستعير في الجنين. ولكن إن انتقصت الأم بسبب ذلك، فعليه نصفُ النقصان؛ لأن النقصان حصل بركوبه وركوب غيره، وركوبُه مأذون فيه، فلا يصلح سبباً للضمان، وركوبُ غيره ليس بمأذون فيه، فأوجبنا عليه ضمانَ النصف لهذا. وهذا إذا كان الفرسُ بحال يمكن أن يركبه اثنان. فأما إذا كان لا يمكن، فهو إتلاف، ويجب جميعُ ضمانِ النقصان على المستعير.

(**ولو أعاد أرضَه للبناء، والغَرسِ: فله أن يَرجعَ**)؛ لأن العاريةَ غيرُ لازمةٍ، فإذا رَجَعَ لا يَضمن للمستعير ما نَقَصَ من بنائه وغرسِه (**ويُكَلِّفَه قَلْعَهما**) أي البناءِ والغرسِ؛ لأنه لما صح الرجوعُ بقي المستعيرُ شاغلاً ملكَ الغير، فعليه تَفْرِيغُهَا.

وفي «المحيط»: لو كان البناءُ من ترابِ الأرضِ، فاستَرَدَّها المعيرُ ليس للمستعير أن يَهْدِمَه، ولا أن يَرجعَ عليه بما أَنْفَقَ، وإن كانت الأرضُ تَسْتَضِرُّ بالقَلعِ يَضمن المعيرُ قيمتَها مَقْلُوعَيْنِ.

(**فإن وقَّتها**) أي إن ذكر المعيرُ للعارية وقتاً معلوماً، (**وأَخَذَها قبلَه**) أي قبل انقضاء ذلك الوقتِ كُرِهَ له ذلك[1]، لِمَا فيه من خُلفِ الوَعدِ (**يَضمنُ**) المعيرُ (**للمستعير قيمتَه**) أي قيمةَ كل واحدٍ من البناء والغرس (**ويملكُه**) المعيرُ.

وقال زفر: لا ضمان عليه أصلاً[2]؛ لأن التَوقيتَ في العارية غيرُ مُلْزِمٍ، كأصل العَقدِ، ولهذا كان له أن يَستَرِدَّها في أي وقت شاء.

ولنا: أن فائدة التَوقيت التزامُ القيمةِ إن رَجَعَ قبل الوقت، فصار كأنه قال: إن

---

(١) أي الأخذ قبل انقضاء الوقت.

(٢) أي سواء كان القلع مضراً للأرض أو لم يكن.

رَجَعْتُ قبل الوقت، فأنا ضامن، فيلزمه بحكم التزامه، لا بمجرد العَقْدِ وُضِعَ في الموقت؛ إذ في غير الموقت لا يضمن اتفاقاً، لعدم الغرور من «الحقائق».

(وللمستعير قَلْعُهما، إن لم يتضرر الأرضُ كثيراً)؛ لأنه مِلكُه.

قيد بـ«عدم ضرر كثير»؛ لأنه إن ضَرَّ القَلعُ الأرضَ ضرراً كثيراً يُخَيَّرُ المعيرُ بين ضمان نقصانهما، وضمانِ قيمتهما، إنما ثبت الخيارُ له لا للمستعير؛ لأنه صاحبُ أصلٍ، والمستعيرَ صاحبُ تبع، فيرجحُ صاحبُ الأَصلِ، كذا في «الاختيار».

(فإن قَلَعَهما) المستعيرُ (فلا ضمانَ) على المعير؛ لأنه قَلَعَ ملكه.

وفي «الاختيار»: وقيل: إذا كلَّفه المعيرُ قَلْعَهما قَلَعَهما، ويضمن المعيرُ ما نَقَصَ بالقَلع؛ لأنه خَدَعَه حيث ضَمِنَ له الوَفَاءَ إلى آخِرِ الوَقْتِ الذي وَقَّته، ولم يَفِ له.

(وإن أعارها للزراعةِ: فليس له) أي ليس للمعير (أَخْذُهَا قبل حَصْدِه) أي حَصْدِ المستعير زَرعَه (وإن لم يوقِّت) «إن» هذه للوصل يتصل بقوله: فليس، أي فليس للمعير أخذُها قبل حَصْده وإن[1] لم يُوَقِّتْ وقتاً معيَّناً.

(ولكن يُتْرَكُ) الزرعُ (بالأجرةِ) أي بأجر المثل؛ لأن للزرع نهايةً معلومةً، فيُتْرَكُ بالأجر رعايةً للحَقَّيْنِ، بخلافِ الغرسِ والبناءِ؛ إذ ليس لهما نهايةٌ، فيؤمر بقلعهما لئلا يَتَضَرَّرَ المالكُ.

وفي «الاختيار»: دَخَلَ الحمامَ، واستعْمَلَ قِصَاعَ الحمامي، فانكَسَرَت، أو أَخَذَ كوزَ الفُقَاعي ليشرب، فانكَسَرَ، أو دَخَلَ مَنزلَ رجلٍ بإذنه، فأخذ منه إناءً بغير إذنه ليَنْظُرَ إليه، أو ليَشْرَبَ، فوَقَعَ من يده، فانكسَرَ لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون في ذلك دلالةً.

---

(١) وصل.

استعار كتاباً ليَقْرَأَ فيه، فوَجَدَ فيه خطأً إن عَلِمَ أن صاحبَه لا يَكرَه إصلاحَه أَصْلَحَه، وإلا فلا. والظاهر أنه لا يكره، فلا بأس به.

(**وأجرةُ ردِّ العارية على المستعير**)؛ لأن قبضَه كان لمنفعة نَفسِه، فتكونُ أجرةُ الردِّ عليه؛ لأن الغُرْمَ بالغُنْمِ، (**والمستأجِرِ**) بالفتح أي وأجرة رد المستأجَر (**على الآجر**)؛ لأنه انتفع بأجرته، فيكون مؤنةُ الرد عليه، والرد ليس بواجب على المستأجِر، وإنما عليه التخلية بين العين ومالكها، بخلاف أجرة رد المغصوبَةِ، فإنها على الغاصب؛ لأن أَصلَ الردِّ إلى المالك كان واجباً على الغاصب، فيجب مؤنته عليه تَبَعاً.

(**وإذا ردَّ**) المستعيرُ (**الدابةَ إلى إصطبلِ مالكها، أو مع مَن في عِيَاله**) أو مع (**عبدِه أو**) مع (**أجيره**) أراد به الأجيرَ مُشَاهَرَةً لا مُيَاوَمَةً. ويجوز أن يَرجِعَ الضميرُ في عبده وأجيره إلى المالك: (**برئ**) من الضمان؛ لأن رَدَّ الدابةِ إلى اصطبل المالك، أو داره، أو مع عبده، أو أجيره رَدٌّ عليه عُرفاً، والمتعارَفُ كالْمَنْصُوصِ، حتى لو كان المستعارُ شيئاً لا يُرَدُّ إلى الدار، أو الإصطبلِ، أو مع الغلام كعِقدِ[1] جَوْهَرٍ لا يَبْرَأُ إلا بالردِّ إلى المالك؛ إذ لا عُرْفَ في مِثلِه، كما ستقف عليه.

قيل: هذا إذا ردَّ الدابةَ مع غلام المالك الذي يقوم على الدواب، والأصح أنه على الإطلاق؛ لأن المستعارَ قد يُرَدُّ إلى غيرِ مَن يقوم عليه في بَعضِ الأوقات، فيوجَد فيه رضاءُ المالك دلالةً.

قيل: هذا في عُرفِ زمانهم. وأما في عُرفِ زماننا، فلا يبرأ في الكل إلا بالتسليم إلى المالك.

---

(١) العقد بالكسر القلادة من «صحاح الجوهري».

قيد بقوله: «مع عبده»؛ لأنه لو ردها مع أجنبي لا يبرأ، لكن هذا على قول مَن قال من المشايخ: ليس للمستعير أن يودِعَ؛ لأن الإعارةَ تمليكُ المنفعة، والمنفعةَ مملوكةٌ للمستعير، فيَملك التصرفَ فيه، والإيداعَ تَصَرُّف في ملك الغير، وهو العَينُ قصداً، فلا يملكه، وهو الصحيح. وأما على قول مَن له أن يودِعَ، فينبغي أن يَبْرَأَ، وهو المختارُ؛ لأن الوديعةَ أدنى حالاً من العارية، فإذا جاز للمستعير الإعارة، فأولى أن يجوزَ له الإيداع، كذا في «التبيين».

(وكذا ردُّ الثوب إلى داره) أي يبرأ برد الثوب إلى دار مالكه لما بينا.

(ولو كان) العاريةُ (عِقْدَ جَوْهَرٍ) وهو بالكسر القلادة (وأشباهَه) كخاتم ذهب (لا يَبرأُ) بالرد إلى هؤلاء، وبالرد إلى داره (ما لم يُسَلِّمْه إلى المالك)؛ لأنه لم يَجْرِ العادةُ بطرحه في الدار، وتسليمه إلى غلمانه، وقد بيناه. والمستأجِرُ في رد العين المستأجَرة كالمستعير.

(وفي الغصب: لا يَبْرَأُ) الغاصبُ (في الجميعِ) أي في الدابةِ، والثوبِ، والعِقدِ (إلا بالتسليم إليه) أي إلى المالك؛ لأن ضمانَ الغَصبِ واجبٌ، فلا يَسقط إلا بالرد إلى المالك أو نائبه حقيقةً، بخلاف العارية؛ لأنها غَيرُ مضمونة. وكذا في الوديعة لا يبرأ إلا بالردِّ إلى مالكه؛ لأنه لو رضي بكونها في يد مَن في عِياله، أو دارِه لَمَا أَوْدَعَ عنده.

❊ ❊ ❊

كتاب الغصب

وهو في اللغة: أخذُ الشيء قهراً مالاً كان أو غيرُ مالٍ.

وفي الشريعة: ما قاله في المتن.

(وهو) أي الغصبُ **(أخذُ مالٍ متقوِّمٍ، محترَمٍ، مملوكٍ للغير بطريق التعدي)** إما بإزالة يده[1] عنه، أو قَصْرِها، كما إذا استَخْدَمَ عبداً في يد مالكه. ولو جَلَسَ على بساطِ غيره لا يكون غاصباً؛ لأن يد المالك لم تَزَلْ عنه، ولا قَصُرَت؛ لأن فِعلَ المالك، وهو البَسْطُ باقٍ.

احترز بقوله: «مال» عن الميتة، وبـ«متقوِّم» عن الخمر والخنزير، وبـ«محترم» عن مال حربي في دار الحرب، وبـ«مملوك للغير» عما يظن أنه ملكه، أو ملكه ممن هو في يده.

ثم ظهر بعد تصرفه أنه لغيره، فلا يأثم لجهله وإن[2] ضمن.

وبـ«طريق التعدي» عن الوديعة.

(ومَن غَصَبَ شيئاً: فعليه ردُّه) أي على الغاصب ردُّ المغصوب ما دام باقياً؛ لأنه يجب عليه رَفْعُ الظلم، وذلك بما ذكرنا، ويرده **(في مكانِ غَصْبِه)** قيد به؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن.

---

(١) مالك.

(٢) وصل.

(فإن هَلَكَ) المغصوبُ. أطلق الهلاك ليتناول ما إذا هلك بفعل الغاصب أو غيره (وهو مِثليٌّ) الواو للحال، أي والحال أن المغصوبَ مِثلي كالمكيل والموزون (فعليه مِثْلُهُ)؛ لأن قيمة رعايةَ حق المالك صورةً ومعنًى (وإلا قيمتُه) بالرفع أي إن لم يكن مثلياً، كالحيوان والعددي المتفاوت والمذروع، فعليه قيمته رعاية لجانب المعنى، وهو الماليةُ (يومَ غصبِه) قيد به؛ لأن سبب الضمان وُجِدَ فيه.

(وإن نَقَصَ) المغصوبُ (ضمن النقصانَ) اعتباراً للبَعضِ بالكل. هذا إذا كان النقصانُ في عَينِ المغصوب وكان غيرَ رِبَوِيٍّ، حتى لو كان النقصانُ بتَـرَاجُعِ السِّعْرِ لا يَضْمَنُ بعد ردِّه إلى مكانه، أو كان النقصانُ فيما يَجْرِي فيه الربا لا يَضْمَنُهُ؛ لأنه لو ضَمِنَه مع استردادِ الأَصلِ كان اعتياضاً عن الصَّنعَةِ، ولا قيمةَ لها في الأموال الربوية.

(وإن انقطع المثليُّ) عن الأسواق أو عن أيدي الناس بأن كان المغصوبُ رُطَباً فانقضى أَوَانُهُ (تجب قيمتُه) التي (يومَ القضاءِ) أي في يوم الخصومة عند أبي حنيفة؛ لأن وجوبَ القيمة إنما ظَهَرَ بقضاء القاضي، فيعتبرُ قيمته يومئذ.

وقال أبو يوسف: يومَ الغصبِ؛ لأن سببَ وجوبِ القيمةِ هو الغَصب، فيعتبر قيمته يومئذ.

وقال محمد: يومَ الانقطاع؛ لأن العَجزَ عن أداء المثل تحقق به، فيُعتبَرُ قيمته يومئذ.

(وإن ادعى) الغاصب (الهلاكَ) أي هلاكَ العينِ المغصوبةِ (حَبَسَه الحاكمُ مدةً، حتى يَعلَمَ أنها لو كانت باقيةً أَظْهَرَهَا)؛ لأن الأصلَ هو البقاءُ، فلا يعتبرُ قوله فيه، (ثم يَقْضِي عليه ببدلها)، وهو القيمةُ لسقوط ردِّ العينِ عنه، كما عُلم هلاكها.

(والقولُ في القيمةِ: قولُ الغاصبِ مع يمينه)؛ لأنه يُنْكِرُ ما يَدَّعِيه المالكُ من

زيادة قيمة المغصوب، وإن أقام المالكُ البينةَ على الزيادة قُضِيَ بها؛ لأنها حجة ملزِمة، فإن أقام الغاصبُ البينةَ لا تُقْبَلُ.

وفي «النهاية»: قال بعضُ مشايخنا تُقْبَلُ لإسقاط اليمين، كما قُبِلَت من المودَع إذا ادعى رَدَّ الوديعةِ. وهذه المسألةُ مشكلة. ومن المشايخ من فَرَقَ بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعةِ، وهو الصحيح.

والفرق بأن إنكار الغاصب صريح؛ لأنه يَنفي القيمةَ الزائدة. وفي قول المودَع رَدَدْتُ الوديعةَ إنكار ضمني؛ لأنه يُنكِر الضمانَ، فلا يُقاسُ الصريحُ على الضمني في قبول الشهادةِ.

(فإذا قُضِيَ عليه بالقيمةِ: مَلَكَه) أي ملك الغاصبُ المغصوبَ مِلكاً **(مستنِداً)** أي متصلاً **(إلى وقت الغصب)** لا يومَ القضاء، حتى لو ظَهَرَ المغصوبُ صار الغاصبُ أحقَّ به، **(وتُسَلَّمُ له)** أي للغاصب **(الأَكسابُ)** للتبعية **(دون الأَولادِ)** يعني لا تُسَلَّمُ له الأولادُ؛ لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب. ألا يرى أن ولدَ المدبرِ والمكاتبِ مدبر، ومكاتَبٌ، ولا يكون أكسابهما مدبراً ولا مكاتباً.

وقال الشافعي: لا يصير مِلكاً للغاصب؛ لأن الغَصبَ عُدْوَانٌ[1] محضٌ[2]، فلا يكون سبباً للملك الذي هو نِعمة، كما أن المدبرَ لا يصير مملوكاً بالغصب.

ولنا: أن المغصوب[3] منه ملك بدلَ المغصوب ذاتاً، فوجب أن يملك الغاصبُ ذاتَ المغصوب تحقيقاً للعدل، كما في سائر المبادلات، والملكَ[4] بالغصب لم

---

(١) تعدٍّ وظلم.

(٢) خالص.

(٣) ملك.

(٤) رد على الشافعي.

يثبت مقصوداً، بل يثبت في ضمن الضمان. وأما المدبر، فلم يكن قابلاً للنقل، **فجُعِلَ** البدلُ مقابلاً لفوات يد المالك عنه فقط.

(**فإذا ظَهَرَتِ العَيْنُ**) المغصوبةُ (**وقيمتُها أكثرُ**) من المضمون (**وقد ضَمِنَها بنُكُولِه**) أي بنكول الغاصب عن اليمن (**أو بالبينةِ**) التي أقامها المالكُ (**أو بقول المالكِ: سُلِّمَت**) العينُ (**للغاصب**) ولا خيارَ للمالك في نَقضه؛ لأنه رضي بالمبادلة بهذا القَدرِ، فيكون العينُ مِلكاً للغاصب.

(**وإن ضمنها**) الغاصبُ (**بيمينه: فالمالكُ**) بالخيار (**إن شاء أمضى الضمانَ، وإن شاء أَخَذَ العينَ، وردَّ العِوَضَ**) سواء كان قيمة العين أكثرَ مما ضَمِنَه أو مثلَه أو أقلَّ؛ لأن المالك لم يأخذ ما ادعاه من القيمة، فجاز أن يكون قيمته مثلَ ما ضمنه أو أقل منه عند المقوِّمين، ولا يكونَ كذلك عنده، فيتخير؛ لأن رضاءَه بهذا القدر لم يتم.

(**ويَضمنُ**) الغاصبُ (**ما نَقَصَ العقارُ بفعله**) كما إذا نَقَلَ تُرابَه ولم يَصلُح للزراعة؛ لأنه فعلٌ في العين. وكذا لو انهدم الدارُ بسكناه؛ لأنه إتلافٌ، وبه[1] يَضمَن العقارَ اتفاقاً.

(**ولا يَضمنُه**) أي الغاصبُ العقارَ (**لو هَلَكَ**) بغير فعله، كما إذا غَلَبَ السيلُ على الأرض، أو انهدم بناءُ الدارِ بآفةٍ سماويةٍ.

وقال محمد: يضمن.

له: أن الغاصبَ لما أثبت لنفسه يداً زال عن المالك يدُهُ للمنفعة، فصَدَقَ عليه حدُّ الغصبِ، فيَلزم ضمانه.

ولهما: أن إزالةَ اليدِ عن العَقار غيُر متصَّورة؛ لأنه لا يَنتَقل، وإنما يتصور فيه

---

(١) أي بالإتلاف.

منعُ المالك عنه، وهذا تصرفٌ في المالك لا في المحل، فلا يجب ضمانه، كما لو جُعِلَ المالكُ عن مَوَاشِيه بَعِيداً، فتَلِفَت.

(فإن نَقَصَ) العقارُ **(بالزراعةِ: يَضمن)** الغاصبُ **(النقصانَ)** لما مر، **(ويأخذ رأسَ ماله)** مما حَصَلَ من البَذرِ وغيره، **(ويتصدقُ بالفَضلِ)**.

(وكذا المودَع، والمستعيرُ إذا تَصَرَّفَا، ورَبِـحَا تَصَدَّقَا بالفَضلِ) وقال أبو يوسف: يَطِيبُ له الفضلُ؛ لأنه[1] حَصَلَ في ضمانه بملكه الأصلَ ظاهراً، فإن المضموناتِ تُـملك بأداء الضمانِ مستنِداً على ما تقدم.

ولهما: أنه حَصَلَ بسبب خبيث، وهو التصرفُ في ملكِ الغيرِ، والفرعَ يحصُل على صفةِ الأَصلِ، والملكَ الخبيثَ سبيلُه التصدقُ به. ولو صَرَفَه في حاجةِ نفسه جاز.

ثم إن كان غنياً تَصَدَّقَ بمثله. وإن كان فقيراً لا يتصدقُ.

وفي «فصول الأستروشني» في أواخر الفصل الثامن: غصب أرضاً، وزرع فيها قطناً، فجاء المالكُ، وأثارَ الأرضَ، وزرع شيئاً آخر هل يضمن المالك للغاصب؟

أجيب: لا يضمن؛ لأنه فعل فعلاً لو رُفِع إلى القاضي، فالقاضي يفعل ذلك.

وفي «الاختيـار»: ولو لَقِيَ المـالكُ الغـاصبَ في غير بَلَدِ الغصبِ، فطالبه بالمغصوب، فإن كان دراهمَ أو دنانيرَ دَفَعَها إليه؛ لأنها ثمن في جميع البلاد، وإن كان عيناً، وهي قائمة في يده أُمِرَ بتسليمها إليه، إن كانت قيمتُها في الموضعين سواءً؛ لأنه لا ضَرَرَ فيه على المالك، وإن كانت قيمتُه أقلَّ من بلد الغصب، فإن شاء أَخَذَه، وإن شاء طَالَبَه بالقيمة، وإن شاء صَبَرَ ليأخذَه في بلده؛ لأن نقصانَ السعرِ بفعله، فيتخير المالك، بخلاف تغيرِ السعرِ في بلد الغصبِ؛ لأنه لا بصنعه، بل بقلةِ الرَّغَباتِ، وإن لم يكن في يده، وقيمتُه أقلّ، فالمالك إن شاء أَخَذَ مثلَه إن كان مِثلِيّاً أو قيمتَه ببلد

---

(١) ربح.

الغصب، أو يَصْبرَ ليأخذَ مثلَه في بلده، وإن كانت قيمته هنا أكثرَ، فالغاصب إن شاء أعطاه مثلَه أو قيمتَه؛ لأنه هو الذي يَتَضَرَّرُ بالدَفع، وإن كانت القيمةُ سواءً، فللمالك أن يطالبَ بالمثل؛ لأنه لا ضَرَرَ على أَحَدٍ. ولو تَعَيَّبَ في يد الغاصب ردَّه مع قيمة النقصان، فيُقَوَّمُ صحيحاً، ويقوَّم وبه[1] عَيب، فيَضمَن ذلك. هذا في غير الربويات؛ لأن للجَودَة قيمةً فيها. وأما الربوياتُ إن شاء أَخَذَه بعينه، وإن شاء ضمَّنه قيمتَه صحيحاً من غير جنسه، وتركه؛ لأن الجودةَ لا قيمةَ لها عند المقابلة بالجنس على ما عُرِفَ، وآنيةُ الصُّفْرِ والرصاصِ إن بيعَت وزناً من الربويات وعدَداً لا.

ولو غصب عِنَباً فصار زبيباً، أو عصيراً فصار خلًّا، أو رُطَباً فصار تمراً، فالمالك إن شاء أخذ عينَه لا غيرُ، وإن شاء ضمنه مثلَه. ولو غصب عبداً أو جارية صغيرة، فكبر أخذه، ولا شيءَ للغاصب من النفقة، قال ﷺ: «من وَجَدَ عينَ ماله، فهو أحق به». ولو كان شابًّا فصار شيخاً، أو شابةً فصارت عجوزاً ضمن النقصانَ. والشَّلَلُ، والعَرَجُ، وذهابُ السمعِ والبَصَرِ، ونِسْيَانُ الحِرْفَةِ والقرآنِ، والإباقُ، والسرقةُ، والجنونُ، والزنا عيب يوجِب النقصانَ إن حَدَثَت عند الغاصب ضَمِنَها.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: غلام حمل كوز ماء، لينقل الماء إلى بيت المولى بإذن المولى، فدفع رجل كوزه ليحمل ماءً له من الحوض بغير إذن المولى، فهلك العبدُ في الطريق.

قال صاحب «المحيط» مرة: يضمن نصف قيمة العبد، ثم قال في المرة الثانية: يضمن كل قيمة العبد؛ لأن فعله صار ناسخاً لفعل المولى، فيصير غاصباً كل العبد، وذكر فيه أيضاً: لو أمر عبد غيره باستهلاك مال إنسان، فإن المولى يُغرم ذلك، ثم يرجع المولى على الآمر؛ لأن الآمر صار مستعملاً للعبد، فصار غاصباً.

---

(١) حال.

ولو أمر صبيّاً باستهلاك مال إنسان يضمن الصبي، ثم يرجع على الآمر.

(وإذا تَغَيَّرَ المغصوبُ بفعل الغاصب حتى زال اسمُه، وأكثرُ منافعِه: مَلَكَه) الغاصبُ **(وضَمِنَه)**.

وقال الشافعي: لا يَمْلِكه ويضمن النقصانَ.

له: أن المالك صاحبُ أصلٍ، وهو العينُ، والغاصبَ صاحبُ وصف، وهو الصنعة، فيُرَجَّحُ صاحبُ الأصل، فلا يزول حقه عنه.

ولنا: أن الغاصبَ أَحْدَثَ في المغصوب صنعة متقوِّمةً، فحقه قائم فيها من كل وجه، فيترجح على الأصل الذي فَاتَ من وجه، كفوات اسمه، وأكثر منافعه.

(ولا يَنتفعُ) الغاصبُ **(به)** أي بذلك المغصوب **(حتى يؤَدِّيَ بَدَلَه)** أو تَراضَيَا على مقدارٍ، أو أبرأه المالكُ عنه أو يحكم الحاكم بالقيمة؛ إذ المبادلة تكون حاصلةً بهذه الأشياء. وإنما لم يجز الانتفاعُ قبلها؛ لأن في إباحة الانتفاع به فتحاً لباب الغصب، فيحرم الانتفاع، لكن جاز للغاصب بيعُه وهبته؛ لأنه مملوك له بجهة محظورة[1] كالمقبوض بالبيع الفاسد، وهذا وجه الاستحسان.

(وفي القياس: له ذلك) أي للغاصب الانتفاعُ قبل أداء البدل، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقولُ الحسن وزفرَ؛ لأن الغاصبَ ملكه بإحداث الصنعة، وهو في نفسه مَشروع، وإنما حُرِّمَ هنا لوجوده في مال الغير، فأَشْبَهَ الاصطيادَ بقوسِ الغير، فيحل انتفاعُه به، والتصرف فيه، ولهذا لو وَهَبَه أو باعه جاز.

وفي «الاختيار»: وعن أبي يوسف أنه يزول ملك المالك عنه، لكنه يباع في دينه، وبعد الموت[2] هو أحق به من باقي الغرماء.

---

(١) حرام.

(٢) أي موت الغاصب.

(وذلك) أي تغيرُ المغصوب بفعل الغاصب **(كذبح الشاةِ، وطَبْخِها**[١]**، أو شَيِّهَا)** أي أو جعلها شِوَاءً **(أو تقطيعِها)** أي أو جعلها قِطَعاً[٢]. قيد بها؛ لأنها بمجرد ذبحها وسلخها لا تكون متغيرة؛ لأن الاسم باقٍ، كذا في «الاختيار».

(وطَحْنِ الحنطةِ، وزَرْعِها، وخَبْزِ الدقيقِ) أي جعله خُبزاً، **(وجَعْلِ الحديدِ سيفاً، والصُّفْرِ آنيةً)** بمد الهمزة جمع إناء **(والبناءِ على الساجةِ)**، وهي خشبة منحوتة مهيَّأة توضع تحت البناء، **(واللَّبِنِ، وعَصْرِ الزيتونِ، والعنبِ، وغَزْلِ القُطنِ، ونَسْجِ الغَزْلِ)** وهذه الأشياءُ تمثيلاتٌ للأعيان المغصوبةِ المتغيرةِ بفعل الغاصب تغيرُها ظاهر فيما عدا الساجةَ واللبنَ.

وأما التغيرُ فيهما، فلأنهما كانتا نَقلِيةً، والآن صَارَتَا من العقار، ولهذا استحقا بالشفعة، فيكونان هالكين من وجه، ومتغيرين من وجه، والتغيرُ يوجِبُ انقطاعَ حقِّ المالك، والغاصبُ يملكها بهذه التصرفاتِ عندنا، خلافاً للشافعي، وهو يضمنه النقصانَ.

وفي «الذخيرة»: إنما يزول الملكُ عن الساجةِ إذا كان قيمتُها أقل من البناء. وأما إذا كان أكثرَ منها لا يزول ملكه[٣] عنها.

وفي «الاختيار»: ولو غصب خَيطاً، فخَاطَ به، أو لَوحاً فأَدْخَلَه في سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع.

(ولو غَصَبَ تِبْراً) وهو ما كان من الذهب غير مضروب، فإذا ضُرِبَ يكون ديناراً. ولا يقال تبراً إلا للذهب. وبعضهم يقول للفضة أيضاً، كذا في «الصحاح»، **(فضَرَبَه**

---

(١) الواو للجمع أي مع جعلها طبيخاً.

(٢) جمع قطعة.

(٣) مالك.

دراهمَ، أو دنانيرَ، أو آنيةً: لم يملكه) الغاصبُ، فيأخذها المالكُ، ولا شيء للغاصب.

وقالا: يملكها الغاصبُ، وعليه مثلُه؛ لأنه أَحْدَثَ فيه صَنْعَةً متقوِّمة، كما سَبَقَ بيانه قريباً.

ولأبي حنيفة: أن اسم الذهب والفضة لم يَزُلْ عنه[1]، وكذا لا يزول معناهما، وهو الثمنيةُ، فلا يكون[2] في حكم الهالك على أن[3] الصنعةَ غير متقومة في الأموال الربوية، ولهذا لو غَصَبَ حُلِيّاً، فكَسَرَه، ثم رَدَّه إلى المالك لا يضمن.

وفي «فصول الأستروشني» في الفصل التاسع والعشرين: رجل أخذ ثوب رجل من بيته بغير أمره، ولَبِسَه، ثم رده إلى بيته، فوضعه فيه، فهلك، فلا ضمان عليه استحساناً. وكذلك لو أخذ دابة غيره من آريتها بغير أمره، ثم ردها إلى موضعها، فذهب، فلا ضمان عليه استحساناً. وإن أخذ الدابة من يد المالك غصباً، ثم ردَّها في دار صاحبها على معلفها وربطها ولم يجد صاحبها ولا خادمه يضمن.

(ومن خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ) خَرقاً فَاحِشاً، وهو ما استنكف أوساطُ الناسِ من لُبسه مع ذلك الخرق، والقليلُ ضده، كذا في «المحيط»، **(فأبطل عامةَ منفعتِه)** أي أكثَرَها. وإنما يَفُوتُ به بَعضُ العَين من حيث الظاهرُ؛ لأن الثوبَ إذاً يَفُوتُ من أجزائِه شيء لا محالة **(ضَمِنَه)** أي المالكُ الغاصبَ قيمته؛ لأنه استهلاك معنىً، ولو أَخَذَه المالكُ، وضمن نقصانَه، فله ذلك؛ لأن عَينَه مع بعض المنافع قائم **(وإن كان)** الخرقُ **(قليلاً: يضمنُ نقصانَه)**؛ لأن الغاصبَ أدخلَ فيه عَيباً ما، هكذا الحكم في كل عَين من الأعيان، إلا في الأموال الربوية، فإن تضمينَ النقصان متعذر فيها؛ لأنه

---

(١) تبر.

(٢) تبر.

(٣) أي مع أن.

يؤدِّي إلى الربا، فإن المالك يخير فيها بين أن يمسك العينَ، ولا يرجعَ بشيء على الغاصب، وبين أن يسلِّم العينَ إليه، ويضمنه بمثله أو قيمته. وإلى إخراج الأموال الربوية أشار بقوله: «ومن خرق ثوب غيره»؛ لأن الربا لا يجري فيه.

وفي «الذخيرة»: هذا إذا لم يجدِّد فيه صنعةً، وإن جدَّدها بأن خَاطَه قميصاً يضمن قيمتَه لانقطاع حق المالك عنه.

وفي «الاختيار»: واختلفوا في العيب الفاحش؟

قيل: هو أن يوجب نقصانَ رُبعِ القيمة فما زاد.

وقيل: ما ينتقص به نصفُ القيمةِ.

والصحيح ما يفوت به بعض المنافع، والقليلُ ما لا يفوت به شيء من المنفعة، بل يُدخِله نقصانَ عيبٍ.

وفي «فصول الأستروشتي»: لو خرق صك غيره يضمن قيمة الصك مكتوباً. وذكر فيها أيضاً قال لغيره: خرق ثوب فلان، فالضمان على الذي خرق لا على الآمر. والذي يضمن بالأمر السلطان أو المولى إذا أمر عبده.

(**ومن ذَبَحَ شاةَ غيرِه، أو قَطَعَ يدَها: فإن شاء المالكُ ضمَّنه نقصانَها، وأَخَذَها، وإن شاء سلَّمها**) إلى الغاصب (**وضمَّنه قيمتَها**) لأنه إتلافٌ من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرها، وبقاء البعض، وهو الأكل، فيثبت له الخيارُ، كما في الثوب في الخرق الفاحش.

(**وفي غير مأكولِ اللحمِ**) من الدابة (**يَضمنُ قيمتَها بقطع الطَّرَفِ**)؛ لأنه استهلاك من كل وجه.

وفي «الاختيار»: ولو غصب دابة، فقطع رجلها ضمن قيمتَها. وروى هشام إن أخذها المالك لا شيء له، وإن شاء تركها وأخذ القيمةَ عند أبي حنيفة، كما في

الجثة العمياء، خلافاً لهما. وإن قلع عين الدابة، فعليه ربع القيمة استحساناً، وقيمةُ النقصان قياساً.

وفي جنايات الحسن عن أبي حنيفة: لو فَقَأَ عين بِرْذَونٍ، أو بَغلٍ، أو حمارٍ عليه ربع قيمته. وكذا كل ما يُعْمَلُ عليه من البقر والإبل، وما لا يُعْمَلُ عليه ما نَقَصَ.

وقال في «الجامع الصغير»: وفي عين بقرة الجَزَّار وجُزُورِه ربع القيمة، وفي عين شاة القصاب ما نقصها، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه.

وقال أبو يوسف: عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتباراً بالشاة.

ولنا: ما روي أنه ﷺ قضى في عين الدابة بربع القيمة. وكذا قضى عمر رضي الله عنه، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل، ولا يقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمِل، فصارت كذات أربعة أعين، فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة.

وفي «فصول الأستروشني»: ولو دخل رجل دارَ غيره، فعقره كلبه، فلا ضمان على الساكن؛ لأنه لم يوجد الإغراءُ[1] والإرسالُ منه.

(ومن بنى في أرضِ غيرِه، أو غَرَسَ: لزمه) أي الغاصبَ **(قلعُهما)**؛ لأنه شغل ملك الغير ببنائه، أو غرسه بغير إذنه، وذا غير جائز، **(وردَّها)** إلى مالكها **(على ما بيَّنَّا في الإجارات)**.

وحاصل بيانه[2]: إن نَقَصَت الأرضُ بالقلعِ، فللمالك أن يَضْمَنَ قيمةَ بنائه أو غرسه مستحقّاً للقلع. ومعرفة ذلك بأن تقوَّم الأرضُ بلا بناء، وتقوَّم ببناء مأموراً

---

(١) أي التحريض.

(٢) أي المصنف في الإجارات.

صاحبه بقلعه، فيضمن[١] الغاصب ما بينهما من التفاوت، ويكون البناءُ والغرسُ له.

وفي «النهاية»: هذا إذا كان قيمةُ البناء أقل من قيمة الأرض. وأما إذا كانت أكثرَ منها يضمن الغاصبُ قيمة الأرض، ولا يؤمر بقلعه، كما إذا ابتلعت دجاجةُ زيدٍ لؤلؤةَ عمرٍو، فإن كان قيمةُ الدجاجةِ أكثرَ يضمن زيدٌ قيمةَ لؤلؤةٍ، وإن كانت بالعكس[٢] يضمن عمرٌو قيمةَ الدجاجة.

(ومَن غَصَبَ ثوباً فصَبَغَه) أحمر **(أو)** غصب **(سَوِيقاً، فلَتَّه)** أي خلطه **(بسمنٍ: فالمالك)** بالخيار **(إن شاء أَخَذَهما، ورَدَّ زيادةَ الصَّبْغِ، والسَّمْنِ)** فيهما، **(وإن شاء أَخَذَ قيمةَ الثوبِ أَبْيَضَ)**. وإنما تَخَيَّـرَ؛ لأن في إثبات هذا الخيار رعايةً للجانبين، **(ومثلَ السويقِ)**؛ لأنه مثليٌّ.

وقيل: تجب القيمةُ في السويق أيضاً؛ لأنه تَغَيَّـرَ بالقَلْيِ، فلم يبق مثليّاً، كالخبز كذا في «المبسوط»، لكن التفاوتَ فيه قليل، فلم يُخرِجه عن كونه مثليّاً **(وسلَّمهما)** أي الثوبَ والمخلوط إلى الغاصب.

وقال الشافعي: المالك يُمسك الثوبَ، ويأمر الغاصبَ بقلع الصبغ ما أمكن. ولا فرق بين السواد وغيره، بخلاف مسألة السويق، فإن التميز غير ممكن.

له: القياس على قلع البناء.

ولنا: في قلع البناء لا يتلف مال الغاصب؛ لأن النقض له، وهنا يتلف، فرعايةُ الجانبين فيما قلنا.

قيد بـ«الصبغ»؛ لأن الثوب لو انصبغ بإلقاء الريح لا خيار لرب الثوب، بل يؤمر بدفع قيمة الصبغ إلى صاحبه؛ لأنه لا جناية منه حتى يضمن. وكذا الجواب في اللت.

---

(١) مالك.

(٢) أي بأن كانت قيمة اللؤلؤة أكثر.

وقيدنا بقولنا: «أحمر»؛ لأن السواد في الصبغ نقصان عند أبي حنيفة، حتى من غصب ثوباً، وصبغه أسود.

فعنده: للمالك أن يضمّنه قيمة ثوبه أبيض، كما إذا خرق.

وقالا: إنه ليس بنقصان، فيأخذ المالك الثوب المصبوغ، ويغرم ما زاد الصبغ فيه.

وقيل: هو اختلاف زمان لا اختلاف برهان؛ لأن الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمانه، ويعدُّونه نقصاناً، وفي زمانهما كانوا يلبسونه ويعدُّونه زيادة، كذا في «شرح المجمع».



فصل [في زوائد الغصب]

(زوائدُ الغصبِ) أي المغصوب (أمانةٌ) عند الغاصب، فإذا هلكت لا يضمنها (متصلةً كانت) كالسِّمَنِ والحُسْنِ (أو منفصلةً) كالولد واللبن وغيرهما[1].

(وتُضمنُ بالتعدي) أي تعدي الغاصب في تلك الزوائد بأن أتلفها، أو أكلها، أو ذبحها، أو باعها، وسلَّمها، (أو بالمنع بعد الطلب) أي منع الغاصب مالكها عنها بعد طلبه إياها.

وقال الشافعي: عليه الضمانُ مطلقاً[2]؛ لأن الغصب عنده إثباتُ اليد على ملك الغير بغير إذنه، وهو صادق على الزوائد، فتكون مضمونةً.

ولنا: ما قررناه من أن الغصب إزالة اليد المحقِّة بإثبات اليد المبطِلة على الشيء، وذا غير صادق على الزوائد؛ لأنها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها، فتكون أمانةً، فلا تضمن إلا بالتعدي.

وفي «الاختيار»: وإن طلب[3] المتصلة لا يضمن[4] بالبيع؛ لأن الطلب غير صحيح، لعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل.

وقالا: يضمنها بالبيع، والتسليم كالمنفصلة.

ولأبي حنيفة: أن سبب الضمان إخراج المحل من أن يكون منتفَعاً به في حق المالك، ولم يوجد هنا؛ لأن الزيادةَ المتصلةَ ما كان منتفَعاً بها في حق المالك، لعدم

---

(١) كالثمر والصوف.

(٢) أي تعدى الغاصب أو لم يتعد.

(٣) مالك.

(٤) غاصب.

يده عليها، فلا يجب الضمان. ولو زادت قيمتها، فعليه قيمتها يومَ الغصب لا غيرُ؛ لأنه يومُ سببِ الضمانِ على ما تقدم.

(**وما نقصت**) أي انتقصت؛ لأن النقص يجيء لازماً ومتعدياً، وهاهنا لازم (**الجاريةُ**) التي حَبلَت عند الغاصب (**بالولادةِ: مضمونٌ**) نقصانها لفوات بعضها.

(**وينْجَبِرُ**) نقصانها (**بولدِها**) حتى لا يضمن نقصانها إذا انجبر بالولد، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره، وضَمِنَ الباقي (**وبالغُرَّةِ**).

صورة انجبار نقصانها بالغرة: بأن ضُرِبَ بطنها، فألقت جنيناً ميتاً، ولزم على الضارب غرة، وهي نصف عشر قيمة الجنين إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى، فينجبر نقصانها بها؛ لأنها كالولد؛ لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلاً عنه.

وقال الشافعي: لا ينجبر نقصانها بولدها، وهو القياس؛ لأن الولد ملكه، وما[1] فات من ملكه لا ينجبر به، كما إذا خَصَى عبدَ غيره، فازداد قيمته.

ولنا: أن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادةُ، فلا يظهر نقصان للضمان، كما أن البيع يزيل المبيع عن ملكه، ويدخل الثمنَ فيه، فلا يُعَدُّ[2] نقصاناً، حتى لو شهدا على بيع شيء بمثل القيمة، ثم رَجَعَا لم يضمنا شيئاً. والخصي ليس بمرغوب عند العامة، وإنما يرغب به بعض الجهال لظنهم أن الخصي كالمحرَم يجوز دخوله على الأجنبية، فلا يُعَدُّ زيادة في المالية؛ لأنها إنما يتحقق برغبة العامة. فلو كان قيمةُ الغلام يومَ خَصَاه خمسمائة، فصارت ألفاً بعد البرء، فصاحبه إن شاء ضمَّن الغاصب خمسمائة، وإن شاء أخذ الغلام، فلا شيء له.

---

(١) الذي.

(٢) بيع.

وفي «الاختيار»: ولو ماتت وبالولد وَفَاءٌ بقيمتها لا شيء عليه[١] هو الصحيح؛ لأنه لما ضَمِنَها يومَ الغصبِ مَلَكَها من ذلك الوقت، فتبين أن النقصان على ملكه[٢]، فلا حاجةَ إلى الجابر.

(**ومنافعُ الغصبِ غيرُ مضمونةٍ استَوْفَاها الغاصبُ أو عطَّلها**) أي سواء صَرَفَ تلك المنافع إلى نفسه، كما إذا غصب داراً، فسَكَنَ فيها شهراً، أو عطَّلها على مالكها، كما إذا أمسكها شهراً، ولم يسكنها.

وقال الشافعي: هي مضمونة في الحالين[٣]، فعليه أجرُ المثل؛ لأن المنافعَ متقوِّمة في العقود الجائزة والفاسدة، فتكون مضمونةً في المغصوب.

ولنا: أن الغصبَ غيرُ متحقق في منافع المغصوب؛ لأنها حادثة في يد الغاصب، فلم يوجد إزالةُ يد المالك عنها، فلا تكون مضمونةً.

وفي «الاختيار»: ويضمن ما نَقَصَ باستعماله لاستهلاكه بعضَ أجزائه.

(**ومن استهلك خمرَ الذميِّ، أو خنزيرَه: فعليه قيمتُه**) وإن أتلف الذمي خمرَ ذمي يضمن مثلها، وإن أتلف خنزيرَه يضمن قيمتَه.

وقال الشافعي: لا يضمنهما.

قيد بـ«الخمر»؛ لأنه لو أتلف ميتة ذمي لا يضمن اتفاقاً.

له: أن تقومهما سقط في حق المسلم، فكذا في حق الذمي؛ لأنهم أتباع لنا في الأحكام.

---

(١) غاصب.

(٢) غاصب.

(٣) في حالة الاستيفاء وحالة التعطيل.

ولنا: أن الخمر والخنزير مالان متقوِّمان في حق الذمي، ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون، فيكونان مضمونين إذا أُتلِفا، إلا أن المسلم يضمن الخمر بقيمتها؛ لأنه ممنوع عن تملكها وتمليكها إهانة بها، والذمي يضمن مثلها، لكونها من ذوات الأمثال.

(ولو كانا) أي الخمرُ والخنزيرُ **(لمسلمٍ: فلا شيءَ)** عليه؛ لأنهما ليسا مالاً في حقه أصلاً، وحُرمةَ بدلهما عليه كحرمتهما.

(وتجب في كَسْرِ المعازف) جمع مِعزَف، وهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن. والمراد به هاهنا ما كان آلة لهو كالمزمار والدُّف وغيرهما[1]، يعني تجب في كسر مسلم معازفًا لمسلمٍ، **(قيمتُها لغير لهوٍ)** أي غير صالح للهو، ويجوز بيعُها.

وقالا: لا يضمن، ولا يجوز بيعُها.

قيدنا المعازف بـ«كونها لمسلم»؛ لأنه لو كسر مِعزفاً لذمي يضمن اتفاقاً بالغاً قيمتُه ما بلغ. وكذا لو كسر صليبَه؛ لأنه مال متقوِّم في حقه.

وأما طبل الغزاة أو الدُّف الذي يباح ضربه في العُرس، فكاسره ضامن اتفاقاً بالغاً ما بلغ.

وفي «النهاية»: لا تُضْمَنُ الدنان[2] بالكسر إذا كان بإذن الإمام. ولا بأس بأن يهدم البيت على من اعتاده الفسق، ويراق عصيره قبل أن يشتد[3]، والفتوى على قولهما.

لهما: أن المعزف مُعَدٌّ للفساد، فسقط تقومه كالخمر.

---

(١) كالبَرْبَطِ والطَّبْلِ والجنك والعود.

(٢) أي دنان الخمر، وهو جمع دن.

(٣) أي يكسر.

ولأبي حنيفة: أنه أتلف مالاً ينتفَع به من وجه آخر سوى اللهو والمعصيةِ، فيضاف إلى فعله(١)، فيضمن قيمته غير صالح للهو.

وفي «الاختيار»: كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي، فإنه تجب قيمتها غيرَ صالحة لهذه الأمور كذا هذا. ولو أحرق باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوِّم. وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشاً؛ لأنه غير حرام. والتماثيل على البساط غير محرَّم، فتجب قيمته منقوشاً. ولو غصب ثوباً، فكساه للمالك، أو طعاماً فقدَّمه بين يديه، فأكله، وهو لا يعلم به برئ من الضمان؛ لأنه أعاد الشيء إلى يده، وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة، فيبرأ بالنص، وهو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد». ولو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك، فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها، فإن وضعها في حجره برئ وإن وضعها بين يديه لا يبرأ، بخلاف ما إذا وضع المغصوبَ أو الوديعةَ بين يديه حيث يبرأ؛ لأن الواجب في العين ردها، وأنه يتحقق بالتخلية، والواجبُ في الدين القبض ليتحقق المعاوضة(٢) والمقاصَّة، والقبض لا يحصل بالتخلية.

وروى ابن سماعة عن محمد للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائباً، ويحفظها عليه، فإن ضاع، فجاء المالك، فله أن يضمن الغاصب والسارق، ولا يبرأ بأخذ القاضي؛ لأن للقاضي التصرف في مال الغائب فيما يؤدي إلى حفظه، لا فيما يرجع إلى إبراء حقوقه. ولو حل دابةَ رجل، أو قيدَ عبده، أو فتحَ قفصه، وفيه طيور لم يضمن؛ لأنه تخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار، وهو ذهابُ الدابة والعبد، وطيرانُ الطير، واختيارهم صحيح، وتركه منهم

---

(١) في الفساد والصلاح.

(٢) لأن الدين تقضى بأمثالها.

متصوَّر، والاختيارُ لا ينعدم بانعدام العقل. ألا يرى أن المجنون يضمن ما يتلفه وإن[١] كان معدوم العقل، فيضاف التلف إلى المباشرة دون التسبيب كالحافر[٢] والدافع. ولو حل فم زق، وفيه دهن، فسال ضمن؛ لأنه تسبب لتلفه بإزالة الممسك، ولم يتحلل بينه وبين التلف فعل فاعلٍ مختارٍ. ولو كان جامداً فشقَّه فذاب بالشمس، ثم سال لم يضمن؛ لأن الجامد يستمسك بنفسه لا بالزق، فلم يكن الشق إتلافاً، وإنما صار[٣] مانعاً بالشمس لا بفعله[٤]، ذهبت دابةُ رجل ليلًا أو نهاراً بغير إرسال صاحبها، فأفسدت زرع رجل لا ضمان عليه؛ لأنها ذهبت باختيارها، وفعلُها هدر[٥]، قال ﷺ: «العجماء جبار»، وإن أرسلها ضمن.

رجل وجد في زرعه أو داره دابة، فأخرجها، فهلكت، أو أكلها الذئب لم يضمن. نص عليه محمد في «المنتقى».

قالوا: والصحيح أن إخراجها ولم يسقها لم يضمن؛ لأن له ولاية الإخراج، وإن ساقها بعد الإخراج ضمن.

رجل أدخل دابة في دار رجل، فأخرجها صاحب الدار، فهلكت لا يضمن. وإن وضع ثوباً في داره، فرمى به، فضاع ضمن؛ لأن الثوب لا يضر الدار، وكان الإخراج إتلافاً، والدابة تضر بالدار، فلم يكن إتلافاً.

❊ ❊ ❊

(١) وصل.

(٢) حيث لا يضمن الدافع دون الحافر.

(٣) زق.

(٤) زق.

(٥) أي باطل.

كتاب إحياء الموات

(**الْمَوَاتُ: ما لا يُنتفَعُ به من الأراضي**) لغلبة الماء عليها، أو لانقطاعه عنها، أو لكونها سبخة، ونحوها من السباب المانعة عن الزراعة. سميت مواتاً[١] تشبيهاً لها بالميتة الغير المنتفع بها.

(**وليس مِلكَ مسلمٍ، ولا ذميٍّ**) قيد به؛ لأنه لو كان مملوكاً لا يكون مواتاً وإن[٢] لم يُعْرَفْ مالكها، بل يكون لجماعة المسلمين، فلا يجوز لواحد أن يتملكها على التخصيص، فمتى عُرِفَ مالكها رُدَّتْ إليه، وضمن زارعُها نقصانَ الأرض.

(**وهو بعيدٌ من العِمرانِ**) الواو فيه للحال، أي والحالُ أنه بعيد من العمارة، ومقدار بُعْدِه منه (**إذا وقف إنسانٌ بطَرَفِ العِمران، ونادى بأعلى صوته: لا يُسْمَعُ**) فيه[٣] صوته. قيد به؛ لأن ما كان قريباً من العمران يَرتَفق[٤] أهلُه به حقيقةً أو دلالةً، فلا يكون مواتاً.

(**من أحياه بإذنِ الإمامِ: مَلَكَه مسلماً كان**) ذلك المحيي (**أو ذمياً**) قيد بـ«إذن الإمام»؛ لأنه شَرْطٌ لتملكه عند أبي حنيفة، حتى لو أحياه بغير إذنه لا يملكه.

وقالا: ليس بشرط، بل يملكه بدونه؛ لأنه كان مباحاً، ويده سَبَقَت إليه بالخصوص، فيملكه كما في الحطب والصيد.

---

(١) الموات يستعمل في غير ذي الروح، والموت في ذي الروح.

(٢) وصل.

(٣) موات.

(٤) ينتفع.

وله: أن الأرض مغنومة لاستيلاء[١] المسلمين عليها، فلم يكن لأحدٍ أن يختص بها بدون إذن الإمام كسائر المغانم.

وفي «الاختيار»: والمسلم والذمي سواء؛ لأن الإحياء سبب للملك، فيستويان فيه كسائر الأسباب. ويجب فيها العُشرُ على المسلم، والخراجُ على الذمي؛ لأنه ابتداءُ وضعٍ، فيجب على واحد ما يَلِيقُ به. وإن سَقَاه بماء الخراج يُعْتَبَرُ بالماء.

والإحياءُ أن يَبْنِيَ فيها بناءً، أو يَزْرَعَ فيها زَرْعاً، أو يَجْعَلَ للأرض مُسَنَّاة ونحو ذلك، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره.

وقال أبو يوسف: إن عَمَرَ أكثرَ من النصف كان إحياءً لجميعها، وإن عمر نصفَها له ما عَمَرَ دون الباقي. وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حَفَرَ فيها بئراً، أو ساق إليها ماءً، فقد أحياها زَرَعَ أو لم يَزْرَعْ. ولو شَقَّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً، إلا أن يُجْرِيَ فيها ماءً، فيكون إحياءً.

(**ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامر**) بمعنى المعمور، كما يقال: ماء دافِقٌ، أي مدفوق، وقد مر بيانه آنفاً.

وفي «الاختيار»: ومن أحيا مواتاً، ثم أحاط الإحياءُ بجوانبه الأربعة على التعاقبِ، فطريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها، روي ذلك عن محمد.

ومن أحيا مواتاً ثم تركها، فزَرَعَها آخَرُ؟

قيل: هي للثاني؛ لأن الأولَ مَلَكَ استغلالَـها لا رَقَبَتَها.

وقيل: هي للأول، وهو الأصح؛ لأنها مِلكُه بلام الملك في الحديث[٢].

(**ومن حَجَّرَ أرضاً**) أي وضع الأحجار حولها. والمراد به: نصبُ علامات في

---

(١) غلبة.

(٢) وهو قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له».

وله: أن الأرض مغنومة لاستيلاء[١] المسلمين عليها، فلم يكن لأحدٍ أن يختص بها بدون إذن الإمام كسائر المغانم.

وفي «الاختيار»: والمسلم والذمي سواء؛ لأن الإحياء سبب للملك، فيستويان فيه كسائر الأسباب. ويجب فيها العُشرُ على المسلم، والخراجُ على الذمي؛ لأنه ابتداءُ وضعٍ، فيجب على واحد ما يَلِيقُ به. وإن سَقَاه بماء الخراج يُعْتَبَرُ بالماء.

والإحياءُ أن يَبْنِيَ فيها بناءً، أو يَزْرَعَ فيها زَرْعاً، أو يَجْعَلَ للأرض مُسَنَّاة ونحو ذلك، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره.

وقال أبو يوسف: إن عَمَرَ أكثرَ من النصف كان إحياءً لجميعها، وإن عمر نصفَها له ما عَمَرَ دون الباقي. وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حَفَرَ فيها بئراً، أو ساق إليها ماءً، فقد أحياها زَرَعَ أو لم يَزْرَعْ. ولو شَقَّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً، إلا أن يُجْرِيَ فيها ماءً، فيكون إحياءً.

(**ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامر**) بمعنى المعمور، كما يقال: ماء دافِقٌ، أي مدفوق، وقد مر بيانه آنفاً.

وفي «الاختيار»: ومن أحيا مواتاً، ثم أحاط الإحياءُ بجوانبه الأربعة على التعاقبِ، فطريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها، روي ذلك عن محمد.

ومن أحيا مواتاً ثم تركها، فزَرَعَها آخَرُ؟

قيل: هي للثاني؛ لأن الأولَ مَلَكَ استغلالَـها لا رَقَبَتَها.

وقيل: هي للأول، وهو الأصح؛ لأنها مِلكُه بلام الملك في الحديث[٢].

(**ومن حَجَّرَ أرضاً**) أي وضع الأحجار حولها. والمراد به: نصبُ علامات في

---

(١) غلبة.

(٢) وهو قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له».

(**وحريم العَيْنِ: من كل جانب خمسمائةِ ذراعٍ**) وفي رواية: ثلاثمائة، والأول: أصح، لما روي أنه ﷺ قال: «حريم العين خمسمائة من كل جانب».

(**والقناةُ**) وهي مَـجْرَى الماء تحت الأرض (**عند خروجِ الماءِ**) فوق الأرض (**كالعينِ**) أي حكمه في الحريم كالعَين (**وقبلَه**) أي قبل خروج الماء.

قيل: هو مفوَّض إلى رأي الإمام؛ لأنه لا بد للقناة من الحريم لملقى طينه.

وقيل: هو على قولهما.

أما على قول أبي حنيفة، فكما في المتن، فحكمه في الحريم

(**كالنهر**) الظاهر فوق الأرض (**في ملك الغير لا حريـم له**) أي لذلك النهر (**إلا ببينةٍ**) على الحريم، فكذا القناة قبل خروج مائة فوق الأرض، يعني لا حريم للنهر عند أبي حنيفة إذا كان في مِلك الغير إلا ببينة عليه.

قالا: له حريم بقدر إلقاء الطين ونحوه؛ لأن النهر إنما ينتفع بالحريم لاحتياج صاحبه إلى المشي في جانبيه لتسييله، فصار كالبئر.

وله: أن الحريم ثبت في البئر بالنص على خلاف القياس، فيقتصر على مَوْرِدِهِ.

وكذا الخلافُ لو حَفَرَ[1] في أرضٍ مواتٍ كذا في «المحيط».

وذكر في «الكفاية»: الخلافُ في نهرٍ كبيرٍ لا يُحْتَاجُ إلى كَرْيه في كل حين، وإن احتاج، فله حريـمٌ بالاتفاق.

وفي «المحيط»: قال المحققون: للنهر حريم بقدر ما يُحتاج إليه بالاتفاق لضرورة الاحتياج.

---

(١) أي النهر.

وفي «الاختيار»: ثم قال أبو يوسف: حريمه مقدارُ عَرضِ نصفِ النهرِ من كل جانب؛ لأن المعتبرَ الحاجةُ الغالبةُ، وذلك بنقل ترابه إلى حافتيه[١]، فيكتفي ما ذكرنا.

وقال محمد: عرضُ جميعِ النهر من كل جانب؛ لأنه قد لا يمكنه إلقاءُ الترابِ من الجانبين، فيُحتَاجُ إلى إلقائه في أحدهما، فيُقَدَّرُ في كل طَرَفٍ ببطن النَّهْرِ. والحَوضُ على هذا الاختلافِ.

(**ومن غَرَسَ شجرةً في أرضٍ مواتٍ: فحريمُها**) أي حريمُ الشجرةِ (**من كلِّ جانبٍ: خمسةُ أذرعٍ**) وله: أن يمنع غيره أن يغرس فيه، لما روي أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاةٍ، فجاء آخَرُ، وأراد أن يَغْرِسَ شجرةً إلى جانب شجرته، فَشَكَا الأولُ إلى رسول الله ﷺ، فأَمَرَ بأن يؤخذ من شجرته جريدةٌ[٢]، فيُذْرَعَ، فبَلَغَ خمسةَ أذرع، فجَعَلَ له رسولُ الله ﷺ الحريمَ من كل جانب خمسةَ أذرع، وأطلق الآخرَ فيما وراء ذلك. ذكره أبو داود في «سننه»، وفي «المحيط»: هذا حديث صحيح يجب العملُ به.

(**وما عَدَلَ**) أي رَجَعَ (**عنه الفراتُ**) وهو نَهْرُ الكوفةِ (**والدِّجْلَةُ**) وهو نهر بغداد. وكذا جيجون، وهو نهر تِرمِذٍ، وخوارزم وسيحون وهو نهر خُجَنْدٍ[٣].

(**يجوز إحياؤُه إن لم يحتمل عودُه إليه**) يعني إذا تَرَكَ فراتٌ ونحوُه مكاناً، وعَدَلَ عنه إلى غيره، وامْتَنَعَ عوده إلى مكانه الأولِ يكون مَوَاتاً، فيجوز إحياؤه؛ لأن قَهْرَ الماء فات عنه، فصار في قَهْرِ الإمام إذا لم يكن حريماً لعَامِرٍ.

(**وإن احتمل**) عودُه إلى مكانه الأولِ (**لا يجوز إحياؤُه**)؛ لأن حقَّ المسلمين قائم فيه لجوازِ العودِ إليه.

---

(١) أي جانبيه.

(٢) أي غصن.

(٣) الترك.

كتاب الشرب

(وهو) أي الشِّرْب بالكسر (النصيبُ من الماءِ) للأراضي وغيرها، قال الله تعالى: ﴿لَّهَا[1] شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾[2].

(وقسمةُ الماءِ بين الشركاء: جائزةٌ) باعتبار ثبوت الحق دون الملك، كقسمة الغنائم.

(ويجوز دعوى الشِّرْبِ بغير أرضٍ) استحساناً، لجواز أن يكون حقه في الشرب فقط بأن باع الأرض، وبقِي شِربها، وكان القياسُ ألا يجوز؛ لأن إعلامَ المدعَى في الدعوى شرطُ صحةِ الدعوى، والشِّرْبُ مجهول لا يَقبَلُ الإعلامَ، ولكن جاز استحساناً. ولو أقام بينة على ذلك تقبل.

وفي «الهداية»: وعلى هذا المصب في نهر، أو على سطح، أو الميزاب، أو المشي في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب.

وفي «الاختيار»: وإذا شهدوا بشِربِ يومٍ من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا: من كم يومٍ؟ ولو ادعى أرضاً على نهرٍ شِربُـها منه، فشهدوا له بالأرض قُضي بها، وبحصتها من الشرب؛ لأن الأرض لا ينفك عن الشرب. ولو ادعى الشرب وحده، فشهدوا له لا يُقضى بشيء من الأرض.

(ويورَثُ) الشِّرْبُ؛ لأنه حق مالي كالقصاص.

---

(١) أي لناقة صالح عليه السلام.

(٢) سورة الشعراء: ١٥٥.

(ويُوصَى بمنفعته)؛ لأن الوصية أختُ الميراث، فيجوز إيصاؤُه كالإرثِ (دون رقبته) يعني لا يوصَى بتصدق الشرب من فلان؛ لأنه باطل، ووصيته باطلة أيضاً؛ لأن ما لا يجوز تمليكه حالَ حياته لا يجوز تمليكه بعد وفاته.

(ولا يُبَاعُ) الشِّرْبُ (ولا يُوهَبُ، ولا يُتَصَدَّقُ به) للجهالة الفاحشة، وامتناع قبضه مع كونه غيرَ متقوِّم، حتى لو سقى شربَه غيرُه لا يَضمن.

(ولا يَصْلُحُ مَهْراً) لما بينا. ويجب مهرُ المثلِ، ولا بَدَلاً في الخلع، حتى ترد ما قبضت من المهر، ولا بَدَلاً في الصلح عن دعوى المال، ولا في القصاص، ويسقط القصاص. وتجب الدية، كذا في «الاختيار».

(وماءُ الأوديةِ، والأنهارِ العِظامِ، كجَيْحُونَ، وأخواتِه) كسيحون، والنيل[1]، والفرات، ودجلة.

(الناسُ مشتركون فيه) أي في ذلك الماء (في الشَّفَّةِ) أي في الشرب بالفم آدمياً أو بهيمة، (وسَقْيِ الأراضي) بأن يـحْيِيَ مواتاً، ويَشُقَّ نهراً لسقيها (ونَصبِ الأَرْحِيَةِ) بأن يشُقَّ منها سَاقِيَةً لينصب عليها رَحًى، وداليةً، وكل منهما جائز إذا لم يُضِرَّ بالعامةِ.

(وما يَـجري في نهرٍ خاصٍّ لقريةٍ، فلغيرِهم فيه) أي يكونُ لغيرِ أهلِها في ماء ذلك النهر (شركةٌ في الشَّفَّةِ[2])، وكذا في سقي الدواب، وأخذِ الوضوء، وغسلِ الثياب ونحوِها لشدة الحاجة إليها، (لا غيرُ) يعني لا يسقي أرضه من ماء ذلك النهر إلا بإذنهم.

(وكذلك البئرُ والحوضُ) يعني حكمهما كحكم النهر الخاصِّ.

---

(١) وهو نهر مصر.

(٢) لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث: في الماء، والكلأ، والنار».

(وما أُحْرِزَ) أي حُفِظَ وتُرِكَ **(في حُبٍّ)** وهو بضم الحاء المهملة الدَّنُّ، كذا في المثلثة، **(ونحوِه)** كالجَرَّةِ: **(فليس لأحدٍ أن يأخذ منه)** أي من ذلك الماء المحرز **(شيئاً بدون رضاء صاحبه، وله بيعُه)**؛ لأنه كان مباحاً سبقت إليه يده بالإحراز، فصار ملكه كالحشيش، إلا أنه لا يقطع في سرقته لشبهة الشركة فيه.

وفي «الذخيرة»: إذا مَلَأَ عبدٌ أو صبِـيٌّ الكوزَ من ماء الحوض، وأراق بعضَه في الحوض لا يحل لأحدٍ أن يشرب من ذلك الحوض؛ لأنه خَلَطَ ملكه بالماء المباح، ولا يمكن تمييزه. وكذا لو جاء صبي بالكوز من ماء مباح لا يحل لأبويه أن يشربا منه إذا كانا غنيين؛ لأن الماء صار مملوكاً له، ولا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجةٍ.

(ولو كانت البئرُ، أو العينُ، أو النهرُ في ملك رجلٍ: له مَنْعُ مَن يريد الشَّفَةَ من الدخولِ) في ملكه إن كان يجد غيرَه في أرضٍ مباحةٍ.

(فإن كان) ذلك المحتاجُ **(لا يجد غيرَه)** أي غيرَ ذلك الماءِ المملوكِ: **(فإما أن يتركه يأخذ)** الماءَ **(بنفسه أو يُخْرِجِ الماءَ إليه)**.

(فإن مَنَعَه) أي الماءَ منه **(وهو يَخاف العَطَشَ)** على نفسه، أو على مَطِيَّتِهِ[1] **(قَاتَلَه بالسلاحِ)**؛ لأنه قَصَدَ إتلافَه بمنع حقه، وهو الشفةُ عنه.

(وفي الـمُحْرَزِ يقاتِلُه بغيرِ سلاحٍ) يعني إذا منع ماءه المحرزَ في إنائه، فللطالب أن يقاتله بعصاً ونحوه؛ لأنه منع ما ملكه بالإحراز، لكنه ارتكب معصيةً، فقام مقاتلته مقامَ التعزير له.

(وكذا على الطعامِ حالةَ الْمَخْمَصَةِ) أي المجاعة، يعني إذا منع طعامَه من

---

(١) أي مركبه.

الطالب في حالة المخمصة، فله أن يقاتله بعصاً ونحوه لما قررنا، وبناءً على أن الضرورات تبيح المحظورات.

وفي «الاختيار»: ولو كان النهرُ أو البئرُ في موات قد أَحْيَاه، فليس له أن يمنع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لا يَكسِر الْمُسَنَّاةَ[١]؛ لأن المواتَ كان مشترَكاً، والإحياء لحق مشترَك، فلا يقطع حق الشفة. والأصلُ في ذلك قوله ﷺ: «المسلمون»، وفي رواية: «الناس مشتركون في ثلاثة: في الماء والكلأ[٢] والنار»، وأثبت الشركة فيها للناس كافة المسلمون والكافر فيه سواء، فحكم الماء ما ذكرنا.

وأما الكلأ، فإن كان في أرضٍ مباحةٍ، فالناسُ فيه شركاءُ في الاحتشاشِ والرَّعيِ كاشتراكهم في ماء البحر، وإن كان في أرضٍ مملوكةٍ، وقد نبت بنفسه، فهو كالنهر في أرض لا يمنع عنه، وله المنع من الدخول في ملكه، وإن لم يوجد غيره، فهو على التفصيل الذي ذكرناه في الماء، وإن أنبته في أرضه، فهو مملوك له. والكلأ ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذْخِر ونحوِه. أما ما له ساقٌ، فهو شجر، وهو ملك لصاحب الأرض؛ لأنه ﷺ إنما أثبت الشركة في الكلأ، لا في الشجر والعوسج[٣] من الشجر.

وأما النار، فلو أَوْقَدَ ناراً في مفازة، فالجَمر ملكُه، وليس له أن يمنع أحداً من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجاً؛ لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه، والنارُ جوهر الجمر، ولأنا لو أطلقنا الناسَ في أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلِي به، ولا ما يخبز ويطبخ به، وإن أوقد النارَ في ملكه، فله أن يمنع غيرَه من الدخول في ملكه لا مِنَ النارِ، كما مر في الماء والكلأ.

---

(١) يعني حافتيه.

(٢) مقصور.

(٣) العوسج ضرب من الشوك. سامي.

فصل [في مؤونة كري الأنهار وحفرها وإصلاحها]

(كَرْيُ الأنهارِ العِظامِ: على بيتِ المالِ)؛ لأن منفعتها للعامة، وبيت المال معدٌّ لنفعهم، وإن لم يكن في بيت المال شيء أُجْبِرَ الناسُ على كريها إحياءً لحقهم.

(وما هو مملوكٌ، فكَرْيُهُ على أهله)؛ لأن منفعته لهم.

(ومن أَبَـى منهم) عن الكَري (يُجْبَرُ) عليه دَفعاً للضرر عن الشركاء.

(ومؤونةُ الكَرْيِ إذا جَاوَزَ أرضَ رجلٍ: تُرْفَعُ) المؤونة (عنه) عند أبي حنيفة.

وفي «الخانية»: الفتوى على قوله.

وقالا: كريُ كله على كلهم مثلاً إذا كان النهر مشتركاً بين عشرة أنفس، فعلى كل واحد منهم عشر مؤونة الكري، وإذا تجاوزوا عن أرض أحدهم، فعلى كل من الباقين تسعها، فإذا تجاوزوا عن أرض أخرى، فعلى كل منهم ثمنها، وعلى هذا الباقي عند أبي حنيفة.

وقالا: على كل من الشركاء أعشارُه من أول الكري إلى آخره؛ لأنهم كانوا متساوين في حق الشفعة بدليل أن واحداً من أهل السفل لو باع أرضَه، فلصاحب الأرض من أعلى النهر أن يأخذها بالشفعة، فكذا متساوون في مؤونة الكرى؛ لأن الغُرْمَ بالغُنْمِ.

وله: أن أهل الأعلى لا يحتاج في سقي أرضه إلى كري الأسفل، فلا يشاركه في مؤونته، بخلاف أهل الأسفل؛ لأنهم كانوا محتاجين إلى كري الأعلى في سقي مائهم، فيشاركهم فيه. فعلم أن مؤونة الكري إنما يجب لحاجة سقي أرضه لا لشركته بدليل أن مَن استغنى من سقي أرضه من ذلك النهر المشترك بأن كان له ماء

من موضع آخر لا يجب عليه كري النهر المشترَك بخلاف الشفة؛ لأنها إنما تثبت بالاشتراك.

وفي «الحقائق»: الاختلاف في النهر الخاصِّ. وأما النهر العام الذي على قرىً يشربون منه إذا اتفقوا على كريه فبلغوا فُوَّهَةَ[1] نهر قرية ترفع عنهم مؤونة الكري اتفاقاً. وعلى هذا الخلاف إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي النهر.

(**وليس على أهل الشَّفَةِ شيءٌ من الكَرْيِ**)؛ لأن شركتهم عامة، ولا يُجْبِرهم الإمامُ. وقال بعض المشايخ: يُجْبِرُهم.

(**نهرٌ لرجلٍ يجري في أرضِ غيرِه: ليس لصاحب الأرض منعُه**) من الكري؛ لأن في منعه إضرارَ الناس.

(**نهرٌ بين قومٍ اختصموا في الشِّرْبِ: فهو**) أي ذلك النهرُ (**بينهم على قَدْرِ أراضيهم**)؛ لأن الحاجة إليه مختلفة بقلة الأراضي وكثرتها، فيتقدر بقدرها.

وفي «الاختيار»: بخلاف الطريق؛ لأن التطرقَ إلى الدار الواسعة والضيقة سواء.

(**وليس لصاحب**) الأرض (**الأعلى أن يَسْكُرَ**) أي يَسُدَّ (**حتى يستوفِيَ**) يعني إذا كان أرض الأعلى منهم مرتفعةً، والماءُ قليلاً بحيث لا يمكنه سقي أرضه بتمامها إلا بسده لم يكن له ذلك؛ لأن الماء يكون محبوساً عن الباقين في بعض المدة، وفيه منعٌ لحقهم (**إلا بتراضيهم**) يعني إن رضوا بسكره جاز. وكذا لو اصطلحوا على أن يسكر كل منهم في نَوْبَتِهِ.

---

(١) وأفواه الأزقة والأنهار واحدتها فوهة، بتشديد الواو، ويقال: أقعد على فوهة الطريق، والجمع أفواه على غير قياس، كذا في «الصحاح».

وفي «النوادر»: لو طلب أهلُ الأعلى حقَّهم، وأهلُ الأسفل يمنعهم من إحداث السكر، فالقاضي يجعل الماءَ بينهم بالنَّوبة أهلُ الأعلى يَسْكُرُونَ في نوبتهم بوضع اللوح، ويَحْبِسُونَ به الماءَ، ولا يَسْكُرُونَ بالطِّينِ والترابِ؛ لأنه يَكبسُ[1] النهر.

(وليس لأحدِهم) أي لأحدِ شركاء النهر (أن يَشُقَّ منه نهراً، أو يَنْصِبَ عليه رحًى)، لما فيه من كسر جانب النهر، وتغير جري الماء عن سَنَنِه[2].

وفي «الاختيار»: إلا ألا يُضِرَّ الرَّحَى بالنهر، ولا بالماء، ويكون مكانها له خاص، فيجوز؛ لأنه تصرف في ملكه من غير إضرار بالغير.

(أو يتخذَ عليه جسراً)؛ لأن موضعه مشترك بينهم، وشغله ببنائه غير مشروع، والقنطرة كالجسر، (أو يُوَسِّعَ فمَه)؛ لأنه يَكسِر ضِفَّةَ[3] النهر، ويزيدُ على مقدار حقه، (أو يَسُوقَ شِرْبَه إلى أرضٍ) أخرى (ليس لها شِرْبٌ)؛ لأن صاحبها يحتمل أن يدعي بتقادم العهد أن له حقاً في الشرب (إلا بتراضيهم) استثناء عن الأفعال المنفية، يعني إذا رضي الشركاء بشق نهر أحدِهم، وبنصب الرَّحَى عليه، وأخواتِـهما يجوز لإسقاطهم حقوقَهم برضاهم.

(ولو كانت القسمةُ بِالكِوَى) الكِوى بالكسر جمع كَوَّة بالفتح مثل بَدْرَة وبِدَر، والضم لغةٌ، ويجمع على كُوًى، كذا في «الصحاح»، وهي رَوْزَنُ البيت اسْتُعِيرَت للثُّقَبِ التي تُثْقَب في الخشب ليَجْرِيَ الماءُ فيه إلى الْمَزَارِعِ أو الجَداوِلِ.

(فليس لأحدهما أن يَقسم بالأيام)؛ لأن القديمَ يترك على قِدَمِه (ولا مُنَاصَفَة)؛ لأن الحق ظَهَرَ بذلك، فيُتْرَكُ على حاله إلا أن يتراضيا، فيجوز؛ لأن الحق لهما.

---

(١) أي ينقص.

(٢) أي الطريق المستقيم.

(٣) الضفة بالكسر جانب النهر، كذا في «الصحاح».

(ولا يزيدَ كَوَّةً وإن كان لا يَضُرُّ بالباقين) «إن» هذه للوصل، أي وإن[1] كان الزيادةُ لا يضر بالباقين لما قررنا.

وفي «الاختيار»: بخلاف النهر الأعظم؛ لأن له أن يشق فيه نهراً مبتدأً، فزيادةُ الكَوَّة أَوْلَى.

❊ ❊ ❊

(١) وصل.

كتاب المزارعة

(**وهي عقدٌ على الزرع ببعض الخارج**) أي الحاصل.

(**وهي فاسدةٌ عند أبي حنيفة**) رحمه الله. ثم عنده إن كان البذرُ من الْمُزَارِعِ يَغرَم لرب الأرض أجرَ مثلها، وكان الخارجُ للمُزارع بطيب له قدرُ بذره، وما أنفق وما غَرِم ويتصدقُ بالباقي؛ لأنه كان من كسبٍ خبيثٍ؛ لأنه رَبَاه[1] في ملك غيره. وإن كان البذر من رب الأرض كان الخارجُ له، ويَغرَم للمزارع أجرَ مثل عمله، والزرع كله يطيب له؛ لأنه حصل في ملكه، كذا في «الحقائق».

(**جائزةٌ عندهما**) لما روي أنه ﷺ عامل أهلَ خيبر على نِصفِ ما يخرج من ثمر أو زرع.

وله: أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة والمحاقلة، وهما المزارعة. ومعاملته ﷺ أهل خيبر كان خراجِ مقاسمة بطريق الْـمَنِّ[2] والصلحِ، وهو أن يشترط عليهم بعضَ ما يخرج كالنصف والثلث، ونوعٌ آخرُ من الخراج يقال له: خراج وظيفةٍ، وهو ما يوظف الإمام عليهم كل سنةٍ، ويوضع عليهم ما تُطِيقُ أراضيهم، وهو جائز.

(**وعليه الفتوى**) للاحتياج إليها، وتعامل الأمة بها، والقياس يُتْرَكُ به، كما في الاستصناع.

وقال الشافعي: إنما يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة بشرط أن يكون العامل

---

(١) أي زاده.

(٢) المن: أن يترك الإمام الأسيرَ الكافرَ من غير أن يأخذ منه شيئاً.

فيهما واحداً، وعقدهما واحد، أو بشرط أن تكون الأراضي المتخللة بين الأشجار متعسرة زراعتها على الانفراد؛ لأن المساقاة جائزة لشبهها بالمضاربة من حيث إن الشركة ثابتة في الزيادة دون الأصل، والزراعة لا تشبهها؛ لأنه لو شرط فيها الشركة في الزيادة بعد رفع البذر الذي هو الأصل تفسد، فيجوز المزارعةُ بتبعية المساقاة، كما جاز بيع الشرب تبعاً للأرض، ووقف المنقول تبعاً للعقار.

ولنا: ما مر من دليل الجواز من غير نقل الشروط المذكورة.

(قال الحَصِيرِي: وأبو حنيفة[1] **هو الذي فرَّع هذه المسائلَ على أصوله؛ لعِلْمِه أن الناسَ لا يأخذون)** أي لا يعملون **(بقوله)**.

فإن قلت: كيف فرَّع أبو حنيفة هذه المسائل، فإنها[2] غير جائزة عنده؟

قلت: فرَّع على قول من يجزئ المزارعة. ويجوز أن يكون ما قاله الحصيري جواباً عن سؤال بأن يقال: لما كان مذهبه فساد المزارعة، كيف يأتي تفريعها عليه، قال: إنما فرَّع لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله في هذه المسألة، فخرَّج على أصوله بأن لو كان يرى جوازها.

(ولا بد فيها) أي في المزارعة لصحتها على قولهما **(من التأقيت)** أي بيان الوقت؛ لأن المزارعة منعقدة على منافع الأرض إن كان البذر من قِبَلِ العامل، أو على منافع العامل إن كان البذر من قِبَلِ صاحب الأرض، والمدةُ مِعْيَارٌ[3] لها[4]، فلا بد من ذكرها.

---

(١) مقول قول.

(٢) مزارعة.

(٣) المعيار ظرف لا يفضل عن المظروف كاليوم والصوم.

(٤) منافع.

(وكونِ الأرضِ) أي ولا بد من كون الأرض (صالحةً للزراعةِ)؛ لأن المقصود لا يحصل بدونه.

(ومن معرفة ربِّ البَذرِ) قطعاً للمنازعة (وجنسِه) أي ومن معرفة جنس البذر، ليصير الأجرُ معلوماً؛ لأن الأجرَ جزءُ الخارج، فلا بد من البيان، ليُعْلَمَ الأجرُ من أي خارج، وإن لم يبين فسدت المزارعة، فإذا زَرَعَها انقلبت جائزة، كذا في «الفصول».

(و) من معرفة (نصيبِ الآخَرِ) الذي لا بَذر له؛ لأنه يستحقه عوضاً، ولا بد أن يكون العوض معلوماً.

(والتخليةِ بين الأرضِ والعاملِ) حتى لو شرط فيها العمل لرب الأرض تفسد، لانعدام التخلية، وكذا لا بد من أهلية العاقدين للتصرف؛ لأن العقد إنما يصح من أهله.

(وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما[1]) أراد به ما يخرج مقصوداً؛ لأنهما لو شرطا التِّبْنَ نصفين، والحَبَّ لأحدهما لا يجوز؛ لأن المقصود من الزرع هو الحب لا التبن.

وكذا لو شرطا التبنَ نصفين والحبَّ لأحدهما لا يجوز؛ لأن المقصود من الزرع هو الحبّ لا التبن.

---

(١)

ابن	خصم	شج
بيان نصيب من لا بذر له، بيان البذر من أيها، أهلية العاقدين للتصرف.	بيان المدة، صلاحية الأرض للزراعة، خالية الأرض.	بيان جنس البذر، شركة الخارج.

وكذا لو شرطا التبن لأحدهما، والحبّ للآخر، فهي فاسدة؛ لأنه ربما يصيبه آفة، فلا ينعقد الحبُّ.

وفرَّع[١] على هذا الشرط بقوله: (**حتى لو شرطا لأحدهما قُفزاناً معلومةً**) تفسد المزارعة، لاحتمال ألا يخرج إلا ما شُرِطَ.

أراد بالمعلومة أن تكون معلومة بالعدد؛ لأنها لو كانت مجهولةً بالعدد، ومعلومةً من حيث السهم، كما إذا شرط صاحبُ البذر عُشرَ الخارج لنفسه لا تفسد.

(**أو**) شَرَطَا لأحدهما (**ما**) ينبت (**على السَّوَاقِي**) أي على جوانب السواقي، وهي الأنهارُ الصغارُ تَفْسُدُ، لاحتمال ألا يَنْبُتَ إلا على ما عَيَّنَه من الموضعِ.

(**أو**) شَرَطَا (**أن يأخذَ ربُّ البذرِ بَذرَه أو**) شَرطَا أن يأخذ ربُّ الأرضِ (**الخَرَاجَ**) أي خراجَ الأَرضِ (**فَسَدَت**) المزارعةُ؛ لأنه يؤدي إلى قَطعِ الشركةِ[٢].

(**وإن شُرِطَ رَفْعُ العُشْرِ: جاز**)؛ لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة؛ لأنه لا بد أن يبقى بعده تسعة أعشار، فيبقى الشركة فيه، بخلاف الخراج والبذر؛ لأنه قد لا يخرج إلا ذلك القدر، أو أقل منه، فيؤدي إلى قطع الشركة، فتبطل. هذا إذا كان الخراجُ[٣] خراجاً موظفاً، أما إذا كان الخراج خراجاً مقاسمة كالربع أو الخمس لا يفسد العقد، كما لو شرط رفع العشر؛ لأن هذا لا يؤدي إلى قطع الشركة.

(**وإذا كانت الأرضُ والبذرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ لآخرَ، أو كانت الأرضُ**) وحدها (**لواحدٍ، والباقي لآخرَ، أو كان العملُ**) وحده (**من واحدٍ، والباقي لآخرَ: فهي**) أي المزارعةُ (**صحيحةٌ**).

---

(١) مصنف.

(٢) لاحتمال ألا ينبت إلا مقدار البذر أو الخراج.

(٣) كما وظف لكل جرب صاع ودرهم.

أما الأول، فلأنه يقع الاستئجار على العمل، والبقر آلته، فصار كما إذا استأجر خيّاطاً ليخيط بإبرته كان الأجر كله بإزاء خياطته لا بإبرته.

وأما الثاني[١]، فلأنه يقع الاستئجارُ على الأرض ببعضٍ معلومٍ من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة.

وأما الثالث[٢]، فلأنه يقع الاستئجار على العمل بآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة المستأجر.

(والخارج) يكون **(على الشرط)** من النصف أو الثلث أو غيرهما، عملاً بالتزامهما.

(فإن لم يخرج شيءٌ: فلا شيءَ للعامل)؛ لأنها شركة في الخارج ولا خراج، وصار كالمضارب إذا لم يربح، وإن كانت[٣] إجارة، فقد عيَّن الأجرةَ، فلا يستحق غيرَها، بخلاف الفاسدة[٤]؛ لأن أجر المثل يتعلق بالذمة، فلا يفوت بفوات الخارج.

(وما عدا هذه الوجوه) الثلاثة **(فاسدٌ)** وهي أربعة:

أحدها: أن يكون البقر والأرض لأحدهما[٥]، والبذر والعمل للآخر، وإنما لم

---

(١) وهو ما كانت الأرض لواحد والباقي لآخر.

(٢) وهو ما كان العمل من واحد، والباقي لآخر.

(٣) مزارعة.

(٤) مزارعة.

(٥) المزارعة على سبعة أوجه: ثلاثة منها جائزة:

من جانب	من جانب
أرض وحدها	بذر وبقر وعمل
عمل وحده	أرض وبذر وعمل
أرض وبذر	بقر وعمل

=

تجز هذه الصورة؛ لأن صاحب البذر استأجر الأرض، واشتراط البقر على صاحب الأرض مفسِد للإجارة؛ لأن منفعة الأرض الإنبات، ومنفعة البقر الشق، فلا تجانس بينهما حتى يجعل تبعاً للأرض، فيقع الاستئجار على البقر ببعض الخارج، وأنه باطل؛ لأن الشرع إنما ورد باستئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لا غيرُ، فبقي وراءه على البطلان؛ إذ استئجار الشيء بأجرة غير مشار إليه، ولا في الذمة لا يجوز، والأثر ورد في استئجار العامل أو الأرض، فيقتصر عليه.

وجوَّز أبو يوسف هذه الصورة في رواية عنه، لوجود التعامل هكذا بين الناس، ومنعه محمد لما ذكرنا.

والثلاثة الأُخَرُ:

أحدهما: أن تكون الأرض والعمل من واحد، والبذر والبقر من آخر.

وثانيها: أن يكون البذر من أحدهما، والباقي من الآخر.

وثالثها: أن يكون البقر من أحدهما، والباقي من الآخر. وكل هذه الصورة غير جائزة، وجهه يعرف مما سبق.

= كل هذه الصور جائزة على قولهما.

وأربعة منها فاسدة:

من جانب	من جانب
بذر وحده	أرض وبقر وعمل
بقر وحده	أرض وبذر وعمل
أرض وعمل	بذر وبقر
أرض وبقر	بذر وعمل

وفي الصورة الأخيرة خلاف أبي يوسف.

(وإذا فسدت) المزارعة: **(فالخارجُ)** يكون **(لصاحب البَذْرِ)**؛ لأنه نماء ملكه، ولا يستحقه الآخر؛ لأن تسميتَه فسدت، **(وللآخَرِ أجرُ عمِله إن كان البذرُ من ربِّ الأرضِ أو)** أجرُ **(أرضِه)** إن كان البذر من قِبَلِ العامل **(لا يُزَادُ)** الأجرُ **(على قَدر المسمَّى)** أي لا يزاد أجر المثل على قيمة ما شُرِطَ له من نصف الخارج أو غيره؛ لأنه رضي به.

وقال محمد: يجب الأجر بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى المنافع بعقدٍ فاسدٍ، فيجب عليه أجر مثلها كاملاً.

وفي «الاختيار»: ولو شرط الخارج كله لأحدهما، والبذرُ[1] من صاحب الأرض جاز. فإن شرطاه له يكون مستعيناً للعامل ليزرع أرضه، وإن شرطاه للعامل تكون إعارةً للأرض، وإقراضاً للبذر منه، وإن كان البذرُ من العامل، فإن شرطاه لرب الأرض فسدت، والخارجُ لرب البذر، وعليه مثلُ أجرِ الأرض؛ لأنه يصير مستأجِرَ الأرض بجميع الخارج، وإنه يقطعُ الشركةَ، وإن شرطاه للعامل جاز، ويكون مُعيراً أرضَه منه.

(ولو شَرَطَا التِّبْنَ لربِّ البَذْرِ) بعد شرط الحب نصفين **(صَحَّ)** عقدُ المزارعةِ؛ لأنه نماء ملكه، وهذا الشرط يلائم حكم العقد.

(وللآخرِ) أي لو شرطا التبن للعامل **(لا يصح)**؛ لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا تخرج الأرضُ إلا التبن.

(ولو سَكَتَا عنه) يعني لو سكتا عن اشتراط التبن لأحدهما **(فلربِّ البَذْرِ)**؛ لأن التبن نماء البذر، ولا يحتاج إلى الشرط، والمفسِد هو الشرط لغيره.

---

(١) حال.

(وقيل) يعني قال مشايخ بلخ: التبنُ (بينهما)؛ لأنه تابع للحب، فيدخل في شرطه.

(وإن عَقَدَاها، فامتنع صاحبُ البَذْرِ) من إعطاء البذر: (لم يُجْبِرْ) عليه؛ لأن الجبر يستلزم الضرر عليه بإتلاف ماله، كمن استأجر أجيراً لهدم داره لا يجبر على هدمها، ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء، ويلزمه ديانة أن يُرضيه؛ لأنه غَرَّهُ.

(وإن امتنع الآخرُ) أي العامل عن العمل: (أُجْبِرَ) عليه؛ لأنه لا يُتْلِفُ ماله (وتفسخ) المزارعةُ (بالأعذارِ كالإجارةِ) أي كما تفسخ الإجارةُ بالأعذار؛ لأنها في معنى الإجارة، كما إذا مرض العامل، وضعف عن العمل، وكما إذا لَزِمَ رب الأرض دَين، واحتاج إلى بيعها فيه باعها الحاكم، كما في الإجارة.

(ولا يكون للعاملِ أجرةُ كِرَابِه) الأرضَ (وحَفْرِه) الأنهارَ؛ لأن المنافع إنما تتقوَّم بالعقد، وإنما قُوِّمَت بالخارج، وقد انعدم. ولو نَبَتَ الزرعُ، ولم يُحْصَدْ لا تباع الأرض، حتى يستحصد، لما فيه من إبطال حق المزارع، وتأخير حق رب الدين أهونُ، ولا يحبسه القاضي؛ لأنه ليس بظالم، والحبسُ جزاءُ الظلم، كذا في «الاختيار».

(وأجرةُ الحصادِ) وهو بفتح الحاء وكسرها: قطع الزرع في أَوَانِه.

(والرِّفَاعِ) أي رفع ما حُصِدَ من موضعه، وجمعه في مكان.

(والدِّيَاسِ) وهو إدارة البقَّار بالوطء عليه ليصلح للتذرية.

(والتَّذْرِيَةِ) وهي تمييز الحبوب عن تبنها بالريح: (عليهما) أي على العامل ورب الأرض (بالحِصَصِ) وهذا الحكم غير مختص بما إذا انقضت مدةُ الزراعة قبل الإدراك، بل عام في جميع المزارعات؛ لأن الواجب على العامل قبل الإدراك ما لا بد للزرع منه كالسقي والحفظ. وأما بعد الإدراك، فالعقد انتهى بانتهاء الزرع، فيكون عليهما ما لا بد له من العمل.

(**ولو شَرَطَاه**) أي العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وغيره (**على العاملِ: لا تجوز**) المزارعةُ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما. فُهِمَ منه أنهما إن شرطا عملاً يقتضيه المزراعةُ، وهو كل عمل ينبت ويُنمي، ويزيد في الخارج لا تفسد.

(**وروي عن أبي يوسف: جوازُه**) أي جوازُ اشتراط العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وغيره على العامل؛ لأن الناس تعارفوا ذلك، وتعاملوا عليه كالاستصناع، وهو مختار بعض المشايخ.

(**وعليه الفتوى**) وقيدنا بقولنا: «على العامل»؛ إذ لو شرط ذلك على غير العامل لا يجوز بالإجماع، كذا في «التبيين».

ومنع محمد هذا الاشتراط؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، فيكون فاسداً، والمزارعة مما تفسد بالشروط الفاسدة.

وفي «الخانية» عن أبي حنيفة: أنَّ شرطَ هذه الأعمالِ على العاملِ لا يفسِد، وكذا عن أبي يوسف، ولزمت عليه بحكم العُرْفِ، كما لو اشترى حطباً في المصر لا يجب على البائع أن يحمله إلى منزل المشتري، وإذا شرط عليه يلزمه بحكم العُرْفِ.

(**وإذا مات أحدُ المتعاقدين: بَطَلَت**) المزارعةُ، اعتباراً بالإجارة.

وفي «التبيين»: هذا على إطلاقه جواب القياس.

وفي الاستحسان: إذا مات أحدُهما، وقد نَبَتَ الزرعُ يبقى عقد الإجارة، حتى يستحصد ذلك الزرعُ من الأرض، ثم يبطل في الباقي؛ لأن في إبقاء العقد حتى يستحصد مراعاةً للحقين، فيعمل العاملُ أو ورثته، فالحاصل يقسم على ما شرطا، ولا ضرورة في الباقي، فيبطل.

ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد كَرْبِ الأرض انتقضت المزارعةُ، ولا شيءَ للعامل؛ لأن المنافع إنما تقوم بالعقد، وتقويمها بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء، وقد مرَّ.

(**وإذا انقضت المدةُ**) أي مدةُ الزراعة (**ولم يُدْرِكِ الزرعُ**) الواو للحال، أي والحال أن الزرع لم يُدرِك: (**فعلى المزارع أجرةُ نصيبِه من الأرضِ**) يعني يُعْطِي المزارعُ صاحبَ البَذرِ أجرَ مثلِ الأرضِ في حق نصيبه من الزرع رعايةً للجانبين (**حتى يُسْتَحْصَدُ**).

(**ونفقةُ الزرعِ عليهما**) على مقدار حقوقهما (**حتى يُسْتَحْصَدَ**)؛ لأن العقد انتهى بانتهاء المدة المضروبة، وبقي الزرعُ، وهو مال مشترَك بينهما، فتكون مؤونته عليهما، بخلاف إذا مات رب الأرض والزرع بقل[1] حيث يكون العملُ على العامل؛ لأن مدته لم تنقض، والعقدُ باقٍ في ذمته.

وفي «الاختيار»: ومن سقى أرضَه، فسال من مائه إلى أرض غيره فغرقها أو نَزَّت إليها، فلا ضمانَ. معناه: إذا سقاه سقياً معتاداً. أما إذا كان غير معتاد ضمن؛ لأنه متعدٍّ؛ لأنه تَسَبَّبَ لتغريق أرض الغير غالباً. ولو كان في أرضه جُحْرُ فأرة، فخرج منه الماءُ إلى أرض جاره، فغرِقت إن لم يعلَم به لم يضمَن لعدم التعدي. وإن عَلِم ضمن للتعدي. وعلى هذا إذا فتح رأسَ نهره، فسال إلى أرضِ جاره، فغرِقت إن كان معتاداً لا يضمن، وإلا ضمِن. وكذا لو أحرَق الكلأ والحصائد في أرضه، فذهب النارُ، فأحرقت شيئاً لغيره إن كان إيقاداً معتاداً لا يضمن، وإلا ضمن. وقيل: إن كان يوم ريح، وعُلِمَ أن النارَ تَتَعَدَّى ضَمِنَ.

❊ ❊ ❊

---

(١) ويقال: كل نبات اخضرّت به الأرض، فهو بقل.

كتاب المساقاة

وتسمى معاملة؛ لأنها معاملةٌ فيما يحتاج إليه في الأشجار من تلقيح، وعَسْفٍ، وتنظيف السواقي، وسقيٍ، وحراسةٍ وغير ذلك ببعض الخارج.

(**وهي**) أي المساقاة (**كالزارعةِ في الخلافِ**) بأن تكون فاسدة عند أبي حنيفة، وجائزة عندهما.

(**والحُكمِ**) أي فيما تصح، وفيما تفسد بأن كانت صحيحةً في الأوجه الثلاثة، وفاسدة في الأوجه الأربعة.

(**والشروطِ**) الثمانية التي كانت في المزارعة، وقد مر بيانه فيها (**إلا المدةَ**) استثناء من الشروط.

والقياسُ أن يذكر المدةُ، لما فيها من معنى الإجارة.

وفي الاستحسان (**فإنه يجوز وإن**[1] **لم يبيِّنها**) «إن» هذه للوصل، أي وإن[2] لم يبين المدة.

(**ويقع**) العقدُ (**على أول ثمرةٍ تَخْرُجُ**) في تلك السنة؛ لأن وقت إدراك الثمرة معلوم، والتفاوت فيه قليل، ويدخل فيه المتيقن، بخلاف الزرع، فإنه يختلف كثيراً ابتداءً وانتهاءً ربيعاً وخريفاً وغير ذلك.

---

(١) وصل.

(٢) وصل.

(وفي الرَّطْبَـةِ: على إدراكِ بَذْرِها)؛ لأن لإدراك البذور وقتاً معلوماً.

وفي «الاختيار»: معناه: إذا دفعها بعد ما تناهى نباتها، ولم يخرج البذر. أما إذا دفعها وقد نبت[١] أو دفع البذر ليبذره، فهي فاسدة. وإن كان وقت جَزِّها[٢] معلوماً جاز، ويقع على الجز الأولى كالثمرة في الشجر. ولو دفع غرس شجرة أو كرمٍ قد علق ولم يبلغ[٣] على أن يقوم عليه، والخارج نصفان، فهي فاسدة لجهالة المدة، فإنه يختلف بقوة الأرض وضعفها، فلا يدرى متى يحمل، فإن سمى مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز.

(وإن سَـمَّيَا مدةً لا تَخْرُجُ الثمرةُ فيها) أي في تلك المدة (فَسَدَت) المساقاة، لفوات ما هو المقصود منه، وهو الشركة في الخارج، وإن شرطا وقتاً قد يُدْرِكُ الثمرة فيه، وقد يتأخر عنه، فهي موقوفةٌ.

(فإن خرجت) الثمرة فيه: (فعلى الشرط) الخارج؛ لأنها بينت أنها كانت جائزة، (وإلا) أي وإن لم يخرج الثمر فيه فسدت، (فله) أي فللعامل (أجرُ مثلِه) لفساد العقد.

(وإن دَفَعَ نخلاً، أو أصولَ رَطْبَةٍ ليقومَ عليهما، وأطلق) ولم يبين مدةً (لا تجوز في الرطبة[٤] إلا بمدةٍ معلومةٍ)؛ لأنه ليس لها نهاية معلومة؛ لأنها تنمو ما تُرِكَت في الأرض، فجُهِلَت. ومعناه: إذا لم يُعلم وقتُ جزازها. وفي النخيل تجوز وتقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة على ما تقدم.

---

(١) بذر.

(٢) أي قطعها.

(٣) أي لم يبلغ الغرس الثمر.

(٤) والفرق بين هذا العقد وبين العقد المتقدم: أنه دفعها في العقد المتقدم بعد ما تناهى نباتها ولم يخرج البذر، وفي هذا العقد دفعها ولم يخرج نباتها بعد.

(وتجوز المساقاة في الشجرِ، والكَرْمِ، والرِّطَابِ) أي البقولِ، وهي الخَضْرَواتُ.

(وأصولِ الباذنجان إن كانت تَزِيدُ بالسقيِ، والعملِ) حتى يكون لعمله أثر يستحق به شيئاً من الخارج.

وقال الشافعي: لا تجوز[١] إلا في النخل والكرم؛ لأن مساقاة رسول الله ﷺ بأهل خيبر كان فيهما.

ولنا: أن الأصل في النصوص التعليلُ، وجوازُها للحاجة، وهي تَعُمُّ الكل، والمرويُّ أن مساقاتَه ﷺ أهل خيبر كانت على ما فيها من الأشجار، لا على النخل والكرم فقط.

(وإن كانت) الثمرة **(قد انتهت)** في العِظَمِ ولا تَزِيدُ بعمله **(لا يجوز)** عقده؛ لأنه إذا لم يكن لعمله أثر فيه لا يستحق الأجر.

وفي «الاختيار»: وعلى هذا الزرع إن دفعه، وهو بَقْلٌ جاز. وإن كان قد استحصد لا يجوز.

(وتبطل المساقاةُ بالموتِ) كما تبطل الإجارةُ، هذا هو القياس، ولكن قالوا: لا تبطل استحساناً.

وإذا مات رب الأرض والخارج بُسْرٌ، فللعامل أن يقوم عليه، حتى يُدرِك الثمرة. وإن مات العامل، فلورثته أن يقوم عليه، حتى يدرك وإن[٢] كَرِهَ رب الأرض؛ لأن فيه نظراً للجانبين.

وفي «الاختيار»: وإذا انقضت مدة المساقاة، فهو كالموت، وللعامل أن

---

(١) أي المساقاة.

(٢) وصل.

يقوم عليها، حتى تدرك، ولا أجر عليه، بخلاف المزارعة[١]؛ لأن الأرض يجوز استئجارها، ولا يجوز استئجار الشجر، والعمل كله على العامل، بخلاف المزارعة حيث يكون عليهما؛ لأنه لا أجر عليه[٢] هنا، فيكون العمل عليه حتى ينتهي. أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحق عليه العمل.

وتفسخ بالأعذار كما في الإجارة.

ومنها: كون العامل سارقاً يسرق السَّعَفَ[٣] والخشبَ والثمرةَ قبل الإدراك؛ لأنه يلزم المالك ضررٌ ولم يلتزمه.

ومنها: مرض العامل إذا أعجزه عن العمل؛ لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجرٍ، وأنه ضررٌ لم يلتزمه، وليس للمالك الفسخُ بغير عذرٍ؛ لأن المساقاة يلزم من الجانبين.

❊ ❊ ❊

---

(١) حيث يكون الأجر عليه.

(٢) أي في المساقاة.

(٣) وهو ورق النخل.

فهرس المحتويات

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع **الصفحة**

❊ ❊ ❊